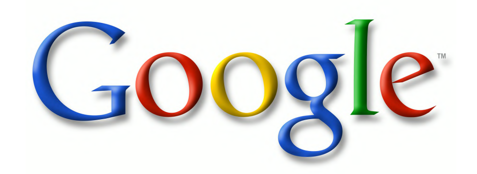
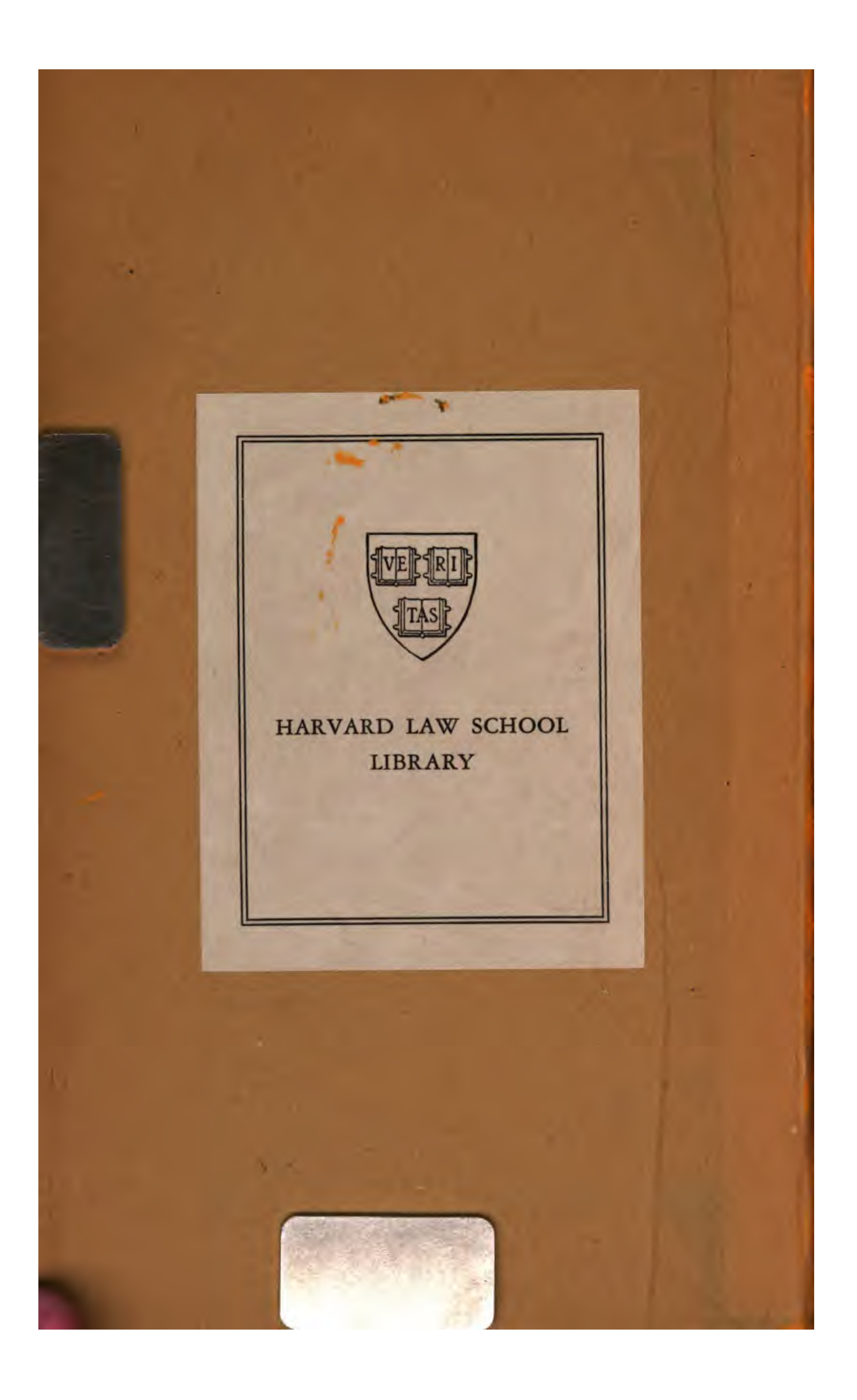




HOLLANDER
Vis major als Schranke der Haftung
nach rö mischem Recht
1892


VE RI TAS
HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Vis major

als Schranke der Haftung

nach

römischem Recht.

Von

H. von Hollander,

ehem. Hofgerichts- und Rathsadvokat in Riga.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1892.

(95)

Vis major

als Schranke der Haftung

nach

römischem Recht.

Von

H. von Hollander,

ehem. Hofgerichts= und Rathsadvokat in Riga.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1892.

For TT
H

Rec. Mar. 1, 1899.

Vorwort.

Die Frage nach der vis major gehört unter allen Fragen des römischen Rechts zu den brennendsten, und für Deutschland auch aus dem Grunde zu den allerwichtigsten, weil sie für alle Theile Deutschlands von einschneidender Wichtigkeit ist, einerlei ob in ihnen gemeines römisches Recht oder particulares Recht auf dem Gebiet des Privatrechts herrscht.

Das Handelsgesetzbuch und das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 haben beide den Begriff der vis major übernommen, ohne ihn zu erklären. Diese Gesetze haben damit der Wissenschaft des römischen Rechts die Aufgabe gestellt, der schwierigen Frage näher zu treten.

In der That hat auch die Wissenschaft nicht gezögert, dieser Ehrenpflicht zu genügen. Man kann wohl sagen, daß in den letzten Jahren kein Thema des römischen Rechts so vielfach bearbeitet ist, als die Frage der vis major. Eine allgemein befriedigende Antwort ist jedoch bis hierzu nicht gefunden.

Dem allgemeinen Interesse, das in diesen Tagen mit Recht der vis major zukommt, ist es zuzuschreiben, wenn ich die vorliegende kleine Schrift der Oeffentlichkeit übergebe, in der Hoffnung, daß dieselbe, wenn auch nicht anders, so doch vielleicht durch ihre Irrthümer, den richtigen Weg finden hilft.

*

Ich habe es bei der bescheidenen Aufgabe, die ich der Schrift stelle, nicht für erforderlich gehalten, die gesammte, über die vis major vorliegende Literatur zu berücksichtigen. Auch die Präjudicate der höheren deutschen Gerichte habe ich außer Betracht gelassen, da bei der Complicirtheit und Bestrittenheit der Frage für den zulässigen Raum eines einzelnen richterlichen Urtheils eine wirklich gründliche Behandlung noch nicht denkbar erscheint.

Jena, im November 1891.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

---

§ 1.

Das Räthsel der vis major.

Schon bei flüchtigem Blick auf diejenigen Stellen des corpus juris, in denen von vis major die Rede ist, fällt auf, daß die vis major mit dem Begriff casus nahe Berührungspunkte haben muß, daß aber eine Identität beider Begriffe nicht für alle Fälle angenommen werden kann.

Zur Illustrirung mögen folgende Beispiele dienen:

I., § 2 J II 14 (15):

At is, qui utendum accipit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire. Sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit.

II., l. 3 § 1 D IV, 9:

Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles; nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur. Ad hoc Edicto[1]) omnimodo, qui recepit,

[1]) Das hier angezogene Edikt lautete: nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo (l. 1 pr. D IV 9).

tenetur; etiamsi sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis major contigerit.

III., l. 13 § 1 D XIII, 7:

Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit.

IV., l. 19 C VIII 13 (14):

Sicut vim majorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

Das Gemeinsame an den vorstehenden vier Beispielen ist zweifellos, daß der Schuldner, der zur Restitution einer Sache an den Eigenthümer verpflichtet ist, mag der Schuldner nun Commodatar, Schiffer oder Pfandgläubiger sein, bez. der in seinem Gewahrsam befindlichen Sache für jede Schuld haftet, dagegen für vis major nicht verantwortlich ist. Aus dem Beispiel II geht aber ferner hervor, daß der nauta, der caupo und der stabularius nicht allein für Verschulden, sondern auch „ohne Verschulden", „schlechterdings" verhaftet sei und ihm nur im Falle einer vis major eine exceptio verstattet werde. Desgleichen weisen auch die beiden folgenden Beispiele III und IV darauf hin, daß die Haftung bis zur Grenze der vis major eine weitergehende sein muß, als eine Haftung für omnis culpa. Denn wenn ausdrücklich gesagt wird, der Schuldner hafte für dolus, culpa und custodia, nicht aber für vis major, so muß die custodia nothwendigerweise eine über die culpa hinausgehende, oder eine neben der culpa bestehende Haftung in sich schließen, woraus aber wiederum zu

entnehmen ist, daß die vis major nicht einfach nur die Unfälle in sich begreift, in denen eine culpa des Schuldners nicht nachweisbar ist. Dagegen steht das Beispiel I wiederum in einem Gegensatz zu den folgenden Beispielen, da dasselbe nur so verstanden werden kann, daß der Commodatar für jedes Verschulden (exactam diligentiam custodiendae rei), nicht jedoch für vis major einzustehen habe. Während diese letztere Stelle den Commodatar nur für exactam diligentiam, nicht aber für vis major haften läßt, schafft der Wortlaut der anderen Beispiele ein Zwischending zwischen culpa und vis major, für das der Schuldner auch „sine culpa" aufzukommen hat. Nach dem Beispiel I ließe sich sonach der Satz rechtfertigen: vis major ist casus; nach den anderen Beispielen erwiese sich aber der Satz als falsch und müßte vielmehr die Frage gestellt werden, welches sind denn die Fälle, in denen der Schuldner „sine culpa" und „omnimodo" tenetur? Erst wenn diese Fälle gefunden sind, ließe sich durch Subtraction der Begriff „vis major" finden.

Es muß hier vorhergeschickt werden, daß sich sowohl für die eine, als auch die andere Auffassung eine ganze Reihe von Quellenstellen vorfinden. Die juristische Kunst stellt an den Juristen die Anforderung, eine Lösung für diesen offenbaren Widerspruch zu finden.

Auf Grund dieser widersprechenden Quellenstellen haben sich in der heutigen romanistischen Wissenschaft zwei Theorien, die sog. subjective und die objective Theorie, gebildet, als deren für die heutige Behandlung der Frage grundlegende Vertreter Goldschmidt und Exner angesehen werden können.

Da ich später wiederholt Veranlassung haben werde, an beide Schriftsteller anzuknüpfen, die trotz aller Irrthümer zur Lösung der Frage die wichtigsten Gesichtspunkte geliefert haben, will ich, um nicht genöthigt zu sein, das, was sie für die

Wissenschaft errungen, als auch meine Anschauung ausführlich zu wiederholen, ihren Gedankengang möglichst eingehend wiederzugeben versuchen.

Goldschmidt stellt, bevor er auf die vis major näher eingeht, Allem zuvor fest, daß der Begriff der vis major nur dann ein brauchbarer sei, wenn durch dieselbe solche Ereignisse von der Haftung befreit würden, welche

1) ihrer Natur nach unverschuldet zu sein pflegen und
2) überdies auch im concreten Falle unverschuldet seien [1]).

Hierauf unterzieht er das Wort vis major und die in den Quellen mit der vis major gleichbedeutend gebrauchten Worte damnum fatale, casus, cui resisti non potest, damna, quae imprudentibus accidunt, einer Untersuchung über ihre Bedeutung, indem er sich die Erklärungen der einzelnen Ausdrücke und die für die bez. Begriffe gebrauchten Beispiele darauf ansieht, ob sich aus diesen vielleicht ein objectiver Maßstab für Feststellung des Begriffs vis major finden läßt, um schließlich diesen Weg als aussichtslos aufzugeben und einen anderen einzuschlagen [2]).

Dieser andere Weg ergiebt sich ihm aus dem prätorischen Edikt über das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum (l. 1 pr. D IV 9):

> Ait Praetor: Nautae, caupones stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.

Dieses receptum bezeichnet Goldschmidt als ein prätorisches Obligationsverhältniß, dessen juristischen Charakter er darin erkennt, daß, unter bestimmten Voraussetzungen, gewissen civilen Vertragsverhältnissen eine umfassendere Garantie-

---

1) Goldschmidt, Das receptum nautarum cauponum et stabulariorum, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. III, S. 88. 89.

2) Goldschmidt a. a. O. S. 88—92.

verpflichtung von Rechtswegen hinzutritt[1]). Des Weiteren folgert er aber, indem er auf die im Lib. IV 9 und in anderen Stellen der Digesten vielfach gebrauchten Worte: salvum fore recipere hinweist, daß diese wohl jedenfalls auf ein wirkliches Versprechen, für die Integrität der Ladung einstehen zu wollen, hinwiesen, was um so glaubhafter erscheine, als das Wort „recipere“ nicht bloß „aufnehmen“, sondern auch „versprechen“, „polliceri“, „promittere“, „spondere“ bedeute. Das Wort „salvum fore recipere“ sei also wohl in älterer Zeit als technische Formel für eine einseitige Verpflichtung des nauta, d. h. ein Garantieversprechen, im Geschäftsverkehr gebraucht worden. Dieser Verkehrssitte habe dann vermuthlich das prätorische Edikt Rechnung getragen und durch gesetzliche Feststellung dieselbe allen Zweifeln in Bezug auf den Umfang der Haftung entzogen. Späterhin sei vielleicht der alte Geschäftsgebrauch verschwunden oder übel empfunden worden, und da habe man, sich die Mehrdeutigkeit des Wortes „recipere“ zu Nutze machend, unter „recipere“ das Aufnehmen der Waare und das Garantieversprechen als stillschweigend darin enthalten angesehen. So sei denn aus dem ursprünglich einseitigen Versprechen eine von Rechtswegen bestehende Garantieverpflichtung geworden[2]).

Diese Entstehung des receptum bringt Goldschmidt auf den Gedanken, daß dieses Garantieversprechen wohl im Zusammenhang stehe mit anderen, einen gleichen Zweck verfolgenden Instituten, mit der Uebernahme der Gefahr und der custodia. Er verweist beim Uebergang auf diese Institute zuerst auf die l. 23 D L 17 hin, nach welcher für die auf Sachleistung gerichteten Geschäfte die Gefahresübernahme als all-

[1]) Goldschmidt a. a. O. S. 97.
[2]) Daselbst S. 97—104.

gemein zulässig erkannt wird und unterzieht hiernach eine Reihe von Quellenstellen, welche die custodia behandeln, einer Prüfung. Auf Grund dieser Quellenstellen (l. 35 § 4 D XVIII 1; l. 55 D XIX 2; l. 60 § 6 und § 9 eod.; l. 1 C IV 65; l. 4 C IV 65 und l. 3 § 2 D I 15) gewinnt Goldschmidt nachstehende Sätze über das Wesen der custodia:

1. Ueber den wahren Inhalt einer vertragsmäßigen Uebernahme der custodia entscheidet zunächst der erkennbare Wille der Contrahenten.
2. Ist dieser nicht zu ermitteln, so muß unterschieden werden:
   a) Es ist gesetzlich keine custodia zu prästiren. Hier hat die vertragsmäßige Uebernahme derselben die gleiche, aber auch keine höhere Verantwortlichkeit zur Folge, als in anderen Fällen das Gesetz auferlegt, nämlich Obhut gegen Entwendung ohne Anwendung von Gewalt[1]).
   b) Ist aber schon gesetzlich für custodia einzustehen, so führt die vertragsmäßig übernommene custodia zu einer Erhöhung der gesetzlichen Verpflichtung, zu einer Haftung auch für solche Ereignisse, welche an sich nicht imputabel, als casus zu betrachten wären, sich dennoch aber durch Aufwendung außerordentlicher Sorgfalt abwenden lassen. Diese wird hier ausnahmsweise zur Pflicht gemacht. Es lassen sich keine Regeln für alle Fälle geben; das richterliche Ermessen hat überall die Totalität des vorliegenden Verhältnisses ins Auge zu fassen unter steter Rücksicht darauf, daß zwar Obhut, aber auch nichts mehr versprochen worden ist. So wird dann allerdings in solchen Fällen gegen gewaltsamen Diebstahl, mitunter wohl auch gegen Beschädigung

[1]) Goldschmidt a. a. O. Text zu Note 64.

durch Dritte eingestanden werden müssen, weil und sofern durch besondere Vorsichtsmaßregeln dem vorgebeugt werden kann[1]).

Diese letzteren Ergebnisse wendet Goldschmidt auf das receptum an. Er führt aus, daß das Rechtsverhältniß zwischen Schiffer und seinem Contrahenten den Rechtsregeln der locatio conductio unterliege und daher allein schon die Haftung für custodia begründet sei. Durch das „salvum fore recipere" werde seine Verpflichtung zur Obhut in dem entwickelten Sinn verschärft, so daß auf diese Weise manche sonst als casus betrachteten Ereignisse in den Kreis der Verantwortlichkeit hineingezogen werden[2]). Wenn aber einerseits nach dem ausdrücklichen Ausspruch der l. 1 § 8 D IV 9 Handlungen der Dienstleute und Passagiere den eigenen Handlungen des Recipienten gleichgeachtet würden, und letzterer sonach auch für jede Beschädigung und jeden Verlust, welcher durch Verschulden einer dieser Personen herbeigeführt ist (l. 1 § 8 D IV 9), unbedingt hafte, so finde doch andererseits nach dem Vorhergehenden eine unbedingte Haftung für furtum und damnum, soweit solche nicht von den Dienstleuten und Passagieren ausgehe, nicht statt, sondern ergebe sich für diese Fälle nur eine verstärkte Haftung, deren Umfang, unter Berücksichtigung des Grundgedankens unseres Instituts und der bezweckten strengen Haftung, der Richter im einzelnen Falle nach vernünftigem Ermessen zu bestimmen habe. Nur was darüber hinaus liegt, ist nicht vertretbarer Zufall, vis major, damnum fatale[3]). Ueber die Worte: „etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est" kommt Goldschmidt einfach dadurch hinweg, daß er dieselben nur auf die

---

[1]) Goldschmidt a. a. O. S. 104—112.

[2]) Daselbst S. 143.

[3]) Daselbst S. 93. 115.

schlechthin verpflichtenden Delicte der Gehilfen und Passagiere bezieht. Das „omnimodo tenetur“ erklärt dagegen nach Goldschmidt's Ansicht die Frage der Verschuldung noch durchaus nicht für irrelevant[1]).

Im Gegensatz zu Goldschmidt betont Exner[2]) in erster Reihe das „omnimodo tenetur“, das „sine culpa tenetur“ und folgert daraus, daß das Edikt jede Schuldfrage, — trete dieselbe auch in verfeinerter Form auf, — von Hause aus ausschließe. Die Haftung des nauta, caupo, stabularius nimmt sonach den Charakter einer Versicherung an; der Rechtsgrund der Haftung ist nicht das Verschulden, und zwar auch nicht vermuthetes oder fingirtes Verschulden. Dieses sei auch schon der Standpunkt der älteren, seit Goldschmidt von der Theorie und Praxis verlassenen Lehre, die an ihrer Principlosigkeit zu Grunde gehen mußte[3]). Man müsse daher, um ein richtiges Resultat zu erreichen, nach dem Zweck jener altrömischen Satzung fragen. Exner sieht den Zweck derselben in der eigenthümlichen Nothlage, welche sich für jeden hinsichtlich der Durchführung seines Rechts ergebe, so oft er wegen Aufbewahrung oder Transports seiner Güter sich mit einer vielgliedrig organisirten Unternehmung eingelassen habe[4]). Es entstehen Schwierigkeiten des Beweises, die das gute Recht der Einzelnen in so zahlreichen Fällen ersticken würden, wenn nicht das materielle Recht Hilfe schaffte. Diese Aenderungen enthalten die Sonderrechtssätze über die Haftung ex recepto. Ueberdies seien es nicht nur Beweisschwierigkeiten, sondern

---

[1]) Goldschmidt a. a. O. S. 96.

[2]) Exner, Begriff der vis major in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. X.

[3]) Exner a. a. O. S. 511.

[4]) Daselbst S. 536. — Vergl. auch hier Dernburg, „Begriff der höheren Gewalt“, Grünhut's Zeitschrift, Bd. XI, S. 342.

auch die Sorge um die zu behauptenden Thatsachen käme in Betracht, weil in der Regel nur die eine Partei in der Lage ist, den Sachverhalt zu kennen. Wenn sich auch hieran im Allgemeinen nichts ändern läßt, so kann doch einzelnen besonderen Verkehrserscheinungen gegenüber Abhilfe geschaffen werden, bei denen dieses Mißverhältniß stets zu Gunsten des Beschädigers wiederkehren muß[1]). Der Zweck jener Haftungsnorm ist also, die Schuldfrage auszuschließen. Weil in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ein Verschulden der mit Gut befaßten Unternehmung das Wahrscheinlichere zu sein pflegt, wird der Richter als Regel angewiesen, bloß die Thatsache der Beschädigung festzustellen und hiernach den Beklagten zum Ersatz zu verurtheilen. Weil aber die absolute Haftungsnorm des Edikts in vielen Fällen in concreto zu offenbarer Unbilligkeit ausschlagen muß, soll von der absoluten Haftung in solchen Fällen abgesehen werden, in denen es keinen Sinn hat, an Schuld und Fahrlässigkeit zu denken[2]). Mit diesem Gesichtspunkt sei allerdings der Begriff der vis major noch nicht bestimmt. Aber das Princip der Ausnahme ergebe sich aus dem Princip der Regel[3]). Ist die Regel aufgestellt, um durch Eliminirung der Schuldfrage den regelmäßig auftretenden Beweisnothstand zu beseitigen, so ist Spielraum für die Ausnahme naturgemäß nur dort, wo der casuelle Charakter des Unfalls prima facie evident[4]) ist. Liquidität des Sachverhalts zu Gunsten des Recipienten sei sonach das Princip der auf vis major sich stützenden Einrede. Die Ausnahme ergiebt sich nicht nach dem Schuldmoment, sondern nach bestimmten äußeren Merkmalen des Thatbestands. Die Hand-

---

[1]) Exner a. a. O. S. 539 ff.
[2]) Daselbst S. 549 ff.
[3]) Daselbst S. 550.
[4]) Daselbst S. 550.

habe zur methodischen Feststellung des Begriffs hat man hiermit in Händen. Mit dem individuellen Fall hat der Richter sich nur ganz äußerlich insofern zu befassen, als er für die Beurtheilung des Artcharakters der vis major durchaus erforderlich ist.

Bei der nun folgenden Untersuchung, in welchen Fällen der casuelle Charakter des Unfalls prima facie evident ist, kommt Exner schließlich zu folgendem Resultat: „Höhere Gewalt ist ein Ereigniß[1]), welches,

1) außerhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden am übernommenen Gut verursacht hat, und welches
2) vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Beruf des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.

Soweit Exner.

Goldschmidt's Verdienst besteht meines Erachtens vor Allem darin, daß er das „custodiam praestare“ aus dem „salvum fore recipere“ ableitete und mit dem letzteren Versprechen die vis major in Zusammenhang brachte. Andererseits aber konnte Goldschmidt eine Lösung nicht finden, weil er nicht eine Erklärung zu finden vermochte für das „sine culpa tenetur“. So lange man nicht eine Erklärung dafür zu finden vermag, woher die Haftung des Recipienten „sine culpa“ sich herleiten lasse und nicht zugleich nachzuweisen im Stande ist, warum vis major in den Quellen vielfach im Gegensatze zu culpa, d. h. somit an Stelle des Begriffs casus gebraucht werde, kann meines Erachtens von einer Lösung der Frage nicht die Rede sein.

---

[1]) Exner a. a. O. S. 582.

An diesem Mangel leiden die Theorien aller Anhänger der subjectiven Theorie[1]).

Goldschmidt's Versuch hat vor den Exner'schen Ausführungen meines Erachtens den Vorzug streng wissenschaftlicher Behandlung des Stoffs voraus. Dagegen läßt sich nicht leugnen, daß das Heranziehen der ratio legis ein überaus glücklicher Griff Exner's war. Dieser glückliche Griff, verbunden mit der anziehenden Darstellung, hat Exner's Ausführungen eine Anerkennung zu Theil werden lassen, die wohl über den Werth der Resultate hinausging. Es ist ohne Weiteres zuzugeben, daß auch die Frage nach dem gesetzgeberischen Zweck vielfach dazu beitragen kann und beiträgt, in ein dunkles Gesetz Licht zu bringen. Immer aber kann dieses Mittel nur in zweiter Reihe in Betracht kommen, wenn alle Hilfsmittel versagen. Ueberdies wird man gut thun, gerade bei prätorischen Edikten sich nach einem Anknüpfungspunkt umzusehen, da ein Prätor wohl kaum in der Lage war, ein Edikt zu erlassen, das nicht irgendwo und irgendwie sich an gegebene Verhältnisse anschloß, zumal wenn es ein Edikt ist, dessen Inhalt so, wie dieses, den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts so sehr entgegenzutreten scheint. Es ist durchaus wahrscheinlich, daß der Prätor den Zweck im Auge gehabt hat, wie ihn Exner so beredt darlegt, aber auf derartige Möglichkeiten baut man in der Wissenschaft kein ganzes System auf. Sie mögen dienen als Bestätigung für halbwegs gewonnene Resultate, aber als einzige Stütze eines ganzen Gebäudes haben sie keinen realen Werth.

Wenn Exner späterhin sogar aus dem von ihm erkannten Zweck des Edikts auf die Eigenschaften der „vis major" schließt,

---

[1]) Vergl. Windscheid, Pandekten, § 384; Dernburg, Pandekten, Bd. 2, § 39.

ohne dabei in ausgiebigem Maße die Quellen heranzuziehen und an ihnen die Probe für das Exempel zu machen, so geräth er dabei auf das Gebiet geistreicher Speculation, die de lege ferenda unter Umständen vielleicht von Werth sein könnte, uns aber dem, was wir suchen, nicht wesentlich näher bringt. Thatsache ist jedenfalls, daß der größere Theil der in den Quellen aufgeführten Beispiele, wie mortes servorum, naufragium, incendium, fugae servorum, wenigstens in dieser Allgemeinheit, die Theorie von Exner durchaus nicht unterstützen, ihr viel eher widersprechen, daß aber die widerspruchsvollen Stellen der Quellen, die sich mit der vis major beschäftigen, ebenso dunkel bleiben, wie sie es vorher waren. Die Exner'sche Theorie kann daher als Ausgangspunkt für eine Untersuchung jedenfalls nicht dienen.

§ 2.

Die vis major und die custodia.

Zwei Wege scheinen sich dem Forscher zu bieten, um zum Begriff der vis major zu gelangen. Entweder stellt man sich zur Aufgabe, aus den in den Quellen vorhandenen Beispielen und den vielleicht vorfindlichen Begriffsbestimmungen sich den Begriff zu schaffen, oder man untersucht, ob nicht durch die Beziehung der vis major zu bekannten Begriffen sich die Bestimmung der vis major ergiebt. — Wie sich mit Leichtigkeit eine unbekannte Größe finden läßt, wenn erst ihr Verhältniß zu einer oder mehreren bekannten Größen feststeht, so liegt es nahe, diesen Versuch auch mit der vis major zu machen.

Allerdings ist zuzugestehen, daß der erstere Weg der einfachere ist, weil er sich als der directe darstellt. Findet sich bereits in den Quellen eine klare und präcise Definition, so

braucht man nicht in die Ferne zu schweifen; das Ergebniß liegt näher. Es kann höchstens durch Betretung des anderen Wegs die Probe auf die Richtigkeit der Definition gemacht werden.

Was nun im Besonderen die vis major angeht, so wird man bald finden, daß bez. der Definition die Quellen uns völlig im Stich lassen. In den Quellen finden sich allerdings eine größere Zahl von Ausdrücken, die als gleichbedeutend mit vis major gebraucht werden; — ich verweise nur auf die Worte: vis magna; damnum fatale; casus, cui resisti non potest; casus, cui humana infirmitas resistere non potest; damna, quae imprudentibus accidunt; weiter aber auch casus oder casus fortuitus [1]), aber schon beim ersten Blick gewinnt man wohl die Ueberzeugung, daß sich aus diesen Wendungen ein juristischer Begriff nicht zimmern läßt. Am ehesten könnten noch die Beisätze: „cui resisti non potest", „quae imprudentibus accidunt" [2]) zur Herstellung eines Begriffes verwerthet werden. Wenn man aber bedenkt, daß solche Nebensätze doch immer nur eine Eigenschaft eines Begriffs zu bezeichnen pflegen, diese Eigenschaft aber nicht einmal nothwendig zu den wesentlichsten Bestandtheilen des Begriffs zu gehören, geschweige denn ihn zu erschöpfen braucht, wird man von dem Versuche, diese Beisätze zum Ausgangspunkt der Erörterung zu machen, abstehen.

Des Weiteren finden sich in den Quellen eine größere Zahl von Beispielen, die im gegebenen Fall als vis major bezeichnet werden. Unter diesen Beispielen mögen einzelne

---

[1]) Vergl. insbes. § 2 J III 14; l. 6 § 9 D II 13; l. 21 D III 5; l. 3 D IV 9; l. 18 D XIII 6; l. 5 D eod.; l. 52 § 3 D XVII 2; l. 25 § 6 D XIX 2; l. 15 § 2 D eod.; l. 30 D XXXV 2; l. 1 § 4 D XLIV 7; l. 23 D L 27; l. 6 C IV 24; l. 28 Cod. IV 65 u. a. m.

[2]) Vgl. Goldschmidt's a. a. O. S. 89 wohl richtige Interpretation dieses Beisatzes.

erwähnt sein: animalium casus mortesque, quae sine culpa accidunt; fugae servorum qui custodiri non solent; rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum[1]); an anderen Stellen wieder naufragium, ruina, incendium[2]); wiederum an anderer Stelle: vis tempestatis calamitosae, vis fluminum, incendium repentinum, incursus hostium, terrae motus[3]). Man sieht, es sind die disparatesten Ereignisse des menschlichen Lebens hier aufgezählt. An und für sich kann man von Hause aus gewiß nicht behaupten, daß die Römer sich zur Klarheit des Begriffes vis major noch nicht durchgearbeitet hätten und es deshalb vorzogen, für's erste das Princip, das sie vielleicht erst dunkel fühlten, durch einzelne Beispiele zu versinnbildlichen. So meint Thoel, bei dem Ausdruck „höhere Gewalt" werde dunkel etwas gefühlt, wozu der Ausdruck keineswegs immer paßt, und was darauf hinauskommt, daß ein Unfall entweder unabwendbar oder die Abwendung durchaus nicht zu erlangen war[4]).

Daß auch bei den Römern und vielleicht gerade bei den Römern ein dunkles Gefühl oft der Ausgangspunkt eines Rechtssatzes geworden ist, erscheint kaum zweifelhaft. Daß aber bei dem auf Klarheit und Durchsichtigkeit des Begriffs gerichteten Sinn der Römer sie Jahrhunderte hindurch bei einem derartigen Ahnen eines Begriffs stehen geblieben sein sollten, muß wohl ausgeschlossen erscheinen. Wenn nun aber der Begriff der vis major nach den Quellen zum mindesten auf die Zeit des Labeo (cf. l. 3 § 1 D IV 9) zurückzuführen ist, er richtiger Anschauung nach — wie später im Gegensatz zu Exner (a. a. O. S. 549) ausgeführt werden wird — auf

---

1) l. 23 D L 29.
2) l. 6 § 9 D II 13.
3) l. 25 D XIX 2.
4) Thoel, Handbuch, Bd. III: „Das Transportgewerbe", § 272.

weit frühere Zeit zurückdatirt werden muß, so ist wohl dem Gedanken kein Raum zu geben, daß während der classischen Periode des römischen Rechts dem unklaren Gefühl eine greifbare Gestalt nicht gegeben sein sollte. Ich denke daher von dem Versuch, aus den gegebenen Beispielen ein Princip herauszuschälen, Abstand zu nehmen und den zweiten Weg, den ich allerdings als den weiteren bezeichnet habe, einzuschlagen.

In § 1 ist durch die citirten Quellenstellen und die daran geknüpften Ausführungen bereits darauf hingewiesen, daß in einzelnen Quellenstellen die vis major allerdings im Gegensatz zur culpa sich hingestellt findet, daß aber in anderen Quellenstellen wieder ausgesprochen wird, daß nur für dolus, culpa und custodia gehaftet wird, nicht dagegen für vis major. Wenn man in der gleichfalls in § 1 citirten l. 1 § 1 D IV 9 auch noch das „etiamsi sine culpa tenetur" beachtet und im Gegensatz dazu wieder vis major resp. damnum fatale erwähnt findet, liegt der Schluß nahe, daß das Geheimniß im Begriffe „custodia" stecken muß, daß also die custodia eine Haftung „sine culpa" in sich schließt, und daß durch Fixirung des Begriffs custodia auch der Begriff der vis major sich ergeben könnte. Hierbei kann aber nicht verschwiegen werden, daß der Begriff der vis major auch nur dann als gefunden gelten kann, wenn es gelingt, nicht nur den Begriff custodia festzustellen, sondern auch die Erklärung dafür zu schaffen, warum in einem Fall exacta diligentia in custodiendo der vis major entgegengesetzt wird, während im anderen Fall (Beispiel II) von jeder culpa abgesehen und nur vis major als von jeder Haftung befreiend angesehen wird.

Es dürfte sich daher wohl lohnen, die Frage: was heißt custodiam praestare? aufzuwerfen. Wie oben bereits ausgeführt ist, ist auch Goldschmidt von diesem Punkt ausgegangen. Es sei mir daher gestattet, unter Benutzung des zweifellos wesentlichen Resultats des großen Meisters dasselbe Ziel zu suchen.

§ 3.
Das Wort custodia.

Unter custodia versteht man im gewöhnlichen Sprachgebrauch Bewachung, Beschützung, Beaufsichtigung, Verwahrung (vergl. Heymann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, herausgegeben von Thon, 7. Auflage, S. 116). Das Wort stellt sonach eine Thätigkeit dar, die sich wohl vornehmlich in Beziehung auf eine körperliche Sache manifestirt. Nothwendig ist das aber keineswegs. Nur ist es natürlich conditio sine qua non, daß, wer eine derartige Thätigkeit ausüben will, auch in der Lage sein muß, schützend und abwehrend auf den Gegenstand seiner Bewachung einzuwirken. In dieser Lage kann aber hinsichtlich einer körperlichen Sache nur der Detentor[1]) sein. Also die custodia begreift eine gewisse Art, eine Species von Handlungen in sich[2]).

Dagegen stellt die custodia noch nicht ein bestimmtes Rechtsgeschäft dar, wenn auch die Pflicht zur custodia unter Umständen den Inhalt eines Vertrags bilden kann. Da aber die custodia meist eine gewisse Art von Handlungen im Verhältniß zu einer körperlichen Sache in sich begreift, diese Art aber durch den Zweck der Handlung (Schutz, Bewachung) sich bestimmen läßt, so können naturgemäß die einzelnen erforderlichen Handlungen nur in concreto für das einzelne Verhältniß, in welchem der Detentor zur Sache steht, bestimmt werden, weil nach der Lage und den Eigenschaften der einzelnen, der Behütung bedürftigen Sache und dem Verhältniß des Detentors zu ihr auch die Maßregeln der custodia verschiedenartige sein müssen.

---

[1]) Vergl. Bruckner, „Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis major nach römischem Recht", München 1889.

[2]) Brinz, Pand. 2. Bd. 1. Abth. § 268 S. 262. 263.

In den Büchern des corpus juris finden wir das Wort custodia vielfach auch in einem Zusammenhang, in welchem von repromittere, recipere, exhibere custodiam die Rede ist, oder es sprechen auch die Quellen von „custodiam praestare“ oder „custodiae nomine teneri“ [1]). Die Frage ist, was versteht man unter „custodiam repromittere“ oder „custodiam praestare“? Bruckner gelangt in seinem Buch über die custodia (S. 66 a. a. O.) zu dem Satz: „custodia wird gefordert bei allen Rechtsverhältnissen, bei denen es sich um Rückgabe oder Leistung einer körperlichen Sache handelt.“ Dieser Satz, wenn er wirklich auf Erfahrung beruht, ist ja an sich ganz schön. Man will aber mehr wissen, man will wissen, worauf sich diese Verpflichtung gründet. Wie sich in den späteren Ausführungen ergeben wird, ist dieser Satz Bruckner's in gewissem Sinne richtig, in gewissem Sinne allerdings ganz falsch. Zum Ausgangspunkt der Erörterung taugt der Satz jedenfalls nicht, und ist er daher auch für seine ganze gründliche und gedankenreiche Arbeit verhängnißvoll geworden.

Er hätte sich meines Erachtens vor allem die Frage vorlegen sollen, wie man darauf gekommen ist, die custodia aus den Maßregeln herauszuheben, die im einzelnen Fall vom diligens pater familias gefordert werden. Daß er dieses nicht gethan hat, ist der erste Anstoß zu einer großen Reihe unrichtiger Schlüsse geworden. Den Ausgangspunkt darf daher auch nicht die Frage bilden, in welchen Verhältnissen ist custodia zu prästiren, sondern erst, wenn der Inhalt der custodiae praestatio gefunden ist, kann daraus auf die Rechtsverhältnisse geschlossen werden, in denen die Haftung für

---

[1]) l. 40 (43) D XIX 2; l. 5 D IV 9; l. 1 § 8 eod.; l. 19 C VIII 13 (14) u. a. m.

custodia möglich ist resp. gefordert wird. In diesem Zusammenhang ist uns daher fürs erste nur die Frage wichtig, was heißt custodiam repromittere, was custodiam praestare?

§ 4.
Die custodiae praestatio.

Goldschmidt hat, seinem bewährten Scharfsinn folgend, sicher das Richtige getroffen, als er behufs Ermittelung des Begriffs des „custodiam praestare" vom receptum nautarum (D IV 9) ausging. Es ist ihm ohne Weiteres zuzugeben, daß das „salvum fore recipere" des nauta nichts Anderes sein kann als ein Custodiaversprechen, sei es, daß man mit Goldschmidt dasselbe als ein mit dem Miethvertrag des nauta von Rechtswegen verbundenes Versprechen ansieht, dem nur vor Erlaß des Edikts ein ausdrückliches Custodiaversprechen zu Grunde gelegen hat, sei es, daß man mit Ude[1]) auch noch nach dem Erlaß des Edikts in dem „salvum fore recipere" ein pactum praetorium sieht. Denn wenn in der l. 3 § 1 D IV 9 von einer Haftung „sine culpa" in Bezug auf das „salvum fore recipere" gesprochen wird, in anderen Quellenstellen zudem neben der culpa die Haftung für custodia erwähnt wird, ist die Folgerung schon naheliegend, daß die letztere Haftung eine Haftung „sine culpa" sein müsse. Die letzten Zweifel werden aber beseitigt, wenn man in l. 5 D IV 9 die Worte: „custodiae nomine teneri" der nautae beachtet[2]). Soviel steht sonach fest, das „salvum fore recipere" kann nur ein Versprechen sein, custodiam prästiren zu wollen; es besagt demnach so viel wie custodiam repromittere, custodiam

[1]) Ude, Das receptum nautarum ein pactum praetorium. — Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Bd. XII, Heft 1, S. 66—74.
[2]) Siehe auch l. 1 § 4 D XLVII 5 und l. 1 § 8 D IV 9.

recipere. Was sollte das „custodiam recipere“ oder „salvum fore recipere“, das augenscheinlich noch bis zur Zeit des Edikts üblich gewesen sein muß, für einen anderen Inhalt gehabt haben, als das Versprechen, custodiam zu prästiren? Sollte zur Zeit des Edikts die Custodiapflicht schon von Rechtswegen mit gewissen Rechtsverhältnissen verbunden gewesen sein, so wäre der Ausdruck „salvum fore recipere“, wie ihn Goldschmidt treffend erläutert, unerklärlich. Sahen wir nun, daß das „custodiam praestare“ auf einem „custodiam recipere“ beruht, d. h. seinen Rechtsgrund in einem Versprechen findet, so ist der Schluß zwingend, daß die custodia dort, wo sie nicht durch ein prätorisches Edikt zum Inventar eines bestimmten Rechtsverhältnisses erhoben ist, auch ein rechtlich fixirter Bestandtheil bestimmter Rechtsgeschäfte nicht gewesen sein kann, da dann naturgemäß besondere Vereinbarungen hinsichtlich der custodia keinen Sinn und keinen Zweck hätten. Die custodiae praestatio kann sich sonach nur aus der custodiae repromisso ergeben.

Wir finden aber nicht nur im Titel vom receptum (IV 9) Quellenzeugnisse dafür, daß über die custodia besondere Vereinbarungen zwischen den Paciscenten getroffen wurden, sondern auch noch vielfach in anderen Stellen des corpus juris. Ich erinnere vor Allem an die auch von Goldschmidt a. a. O. (S. 106) aufgeführte Stelle l. 35 § 4 D XVII 1:

> Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat.

Auch nach dieser Stelle kommt es vor Allem darauf an, was hinsichtlich der custodia der Sache vereinbart worden ist. Sie weist auf einen entschieden willkürlichen Inhalt des Custodiavertrags hin, als ob die einzelnen Unfälle herzuzählen

seien, für die der Custodiant zu haften habe. Wir finden in den Quellen aber auch Stellen, in denen ganz wie beim „salvum fore recipere“ offenbar ein begrifflich begrenzter Inhalt des custodiam praestare sich ergiebt. So § 37 III 23 (24):

> Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit: sane enim, si susceperit ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est.

Also, einerseits ein Beleg dafür, daß die custodia nicht schon von Rechtswegen mit einem Verhältniß oder mit einem Rechtsgeschäft verbunden ist, sondern ausdrücklich erst übernommen werden muß, andererseits aber auch ein Beleg dafür, daß mit der Uebernahme der custodia schon an und für sich eine bestimmte Haftung verbunden ist.

Dasselbe bestätigen folgende leges aus dem Codex
l. 55 (58) D XIX 2:

> Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit

und l. 4 C IV 65:

> Ex divi Antonii Pii literis certa forma est, ut domini horreorum effractorum ejus modi querelas deferentibus custodes exhibere recesse habeant, nec ultra periculo subjecti sint . . . . . . Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, idem exhibere debent.

Auch diese beiden leges lassen den dominus horreorum nur dann für gewisse Unfälle haften, wenn er custodia übernommen hat. Auch hier ergiebt sich durch Uebernahme der custodia schon eine begrifflich begrenzte Haftung, ohne daß

die einzelnen Unfälle hergezählt zu werden brauchten. Zu einer Sonderbarkeit, wie Goldschmidt sie (a. a. O. S. 111) annimmt, daß in diesen Fällen außer der von Rechtswegen obliegenden custodia noch besonders custodia versprochen und daß deshalb eine erhöhte Haftung angenommen werde, liegt wahrlich kein Anlaß vor.

Wir sehen vielmehr erneute Beweise dafür, daß erst die custodiae repromissio die custodiae praestatio begründe. Diese Beispiele sind um so lehrreicher, als die horrei locatio jedenfalls der großen Familie der locatio conductio angehört, und sich aus diesen Beispielen mit Gewißheit ergiebt, daß für alle Fälle der locatio conductio eine custodiae praestatio von Rechtswegen nicht angenommen werden kann.

Vor Allem entscheidend ist aber

l. 40 D XIX 2:

> Qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodiae praestat.

Diese aus mannigfachen Gründen interessante lex besagt nun wirklich in den klarsten Worten, daß keineswegs jeder custodiam zu prästiren habe, der die Verwahrung einer Sache hat. Erst wer für die Verwahrung einer Sache Vergütung erhält, haftet für custodia. Der etwaige Einwand, daß hier ein besonderer Vertrag wegen praestatio custodiae nicht vorausgesetzt werde, wäre nicht stichhaltig. Es ist klar, daß mit dieser lex dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag nur ein bestimmter, gesetzlich fixirter Inhalt habe gegeben werden sollen. Vor Allem aber ist dies durch den Wortlaut vollauf bestätigt: Wer die Verwahrung einer Sache übertragen erhalten hat, braucht noch keineswegs custodiam zu prästiren. Ich gehe demnach noch einen Schritt weiter und constatire: eine von Rechtswegen eintretende custodiae praestatio

giebt es außer der durch das Edikt begründeten Custodiapflicht nicht.

Wir haben gesehen, daß die custodiae repromissio bei den Römern in der Weise erfolgen konnte, daß dem klagbaren Vertrag ein besonderer Custodiavertrag beigefügt wurde (ein pactum adjectum). Nun liegt es auf der Hand, daß derartige Verträge wohl kaum häufiger vorgekommen sein werden, wenn nicht gerade aus bestimmten Gründen gewisse Gefahren in Aussicht genommen wurden. Einmal war die eines Princips entbehrende Casuistik nicht Sache der Römer; außerdem war es auch kaum möglich, bei den verschiedensten Verträgen, die mit der Uebertragung der Detention einer Sache verbunden waren, alle denkbaren und undenkbaren Gefahren genauer zu präcisiren. Die verschiedenen Beispiele, die wir oben bereits citirt haben, deuten vielmehr schon darauf hin, daß im Allgemeinen custodia versprochen wurde und daß sich aus diesem Versprechen schon ein bestimmter Inhalt desselben nach seinem Umfang ergab. Der Schluß ist sogar wohl erlaubt, daß das Custodiaversprechen in der Regel oder in bestimmten Fällen auch außerhalb des Verhältnisses des nauta mit den Worten „salvum fore recipere" erfolgte. Die vielfach auch in anderen Verhältnissen wiederkehrenden Worte „salvum fore" [1]) weisen nothwendig darauf hin, daß es sich um eine der gebräuchlichen Formeln handelte, an denen bekanntlich das alte römische Recht so reich war. Möglich ist es ja allerdings auch, ja sogar wahrscheinlich, daß es in gewissen Verhältnissen auch andere Formeln für das Custodiaversprechen gegeben habe. Meines Erachtens kommt es darauf wenig an. Zweifellos ist nur, daß allein das Custodiaversprechen, wenn demselben von den Contrahenten ein genau

---

[1]) „rem pupilli vel adolescentis salvam fore" D XLVI 6.

fixirter Inhalt nicht gegeben wurde, schon präsumtiv einen gewissen Inhalt gehabt habe. Welches ist aber der Inhalt gewesen? Zwei Fälle erscheinen mir da nur denkbar, entweder es wurde aus dem Wesen der custodia im Allgemeinen die Grenze der Haftung festgestellt, oder es war schon durch Gesetz oder Gewohnheit die Grenze für die Custodiahaftung durch einzelne Fälle, dem Wesen der custodia entsprechend, bestimmt worden. Um auf diese beiden Möglichkeiten näher eingehen zu können, muß ich jedoch weiter ausholen.

§ 5.

Die custodiae praestatio, begründet durch ein pactum adjectum, ein Institut des alten römischen Rechts.

Neben diesen Custodiaverträgen begegnet man in den Quellen häufig Vereinbarungen, nach welchen der Detentor, sei er nun Commodatar oder Schiffer rc., bei Uebernahme der Sache nicht das periculum custodiae[1]), sondern omne periculum oder eine bestimmte Gefahr auf Grund einer Vereinbarung übernimmt, Verträge, die sich gleich den Custodiaverträgen als pacta adjecta qualificiren. Ich citire beispielsweise nur l. 1 C IV 23:

> Sed quum is, qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur . . . . .

Aehnliche Stellen giebt es in größerer Zahl[2]). Bemerkenswerth ist aber, daß in den Stellen, in denen von

---

[1]) l. 40 D XIX 2.

[2]) l. 6 C IV 24; l. 5 § 2 D XIII 6 und viele andere; siehe auch Goldschmidt a. a. O. S. 104.

omne periculum die Rede ist, niemals sich der Ausdruck custodiam praestare findet.

Es muß also nach diesen Quellenzeugnissen in der That in Rom üblich gewesen sein, bei Uebergabe einer körperlichen Sache zu vereinbaren, für welche Unfälle der Detentor einzustehen habe. Man sage hier nicht, darin sei nichts Auffälliges zu finden, da es ja bekannt sei, daß jedem Vertrage eine zusätzliche Vereinbarung hinzugefügt werden konnte. Warum kommt es im heutigen praktischen Leben kaum vor, daß neben Mieth-, Leih- oder Pfandverträgen ähnliche Vereinbarungen getroffen werden? Die Antwort liegt nahe, daß die heute geltenden Sätze über die culpa schon genügen und daß derartige Verträge in der Regel nichts Besseres, Präciseres und der aequitas Angemesseneres aussprechen könnten, als bereits von Rechtswegen durch die Haftung für culpa gegeben ist. Das Privatrecht hat seiner dispositiven Natur gemäß vornehmlich die Aufgabe, das zu normiren, was als präsumtiver Wille der Parteien zu gelten hat. Wo ein Recht den Bedürfnissen des Volks nicht entspricht, hilft der Einzelne sich durch detaillirte Verträge. Die einzelnen Rechtswirkungen, die heute als essentiale oder naturale den einzelnen Rechtsgeschäften von Rechtswegen beigelegt sind, können daher auch, weil der präsumtive Wille der Paciscenten sich doch erst im Leben erprobt haben muß, meist nur auf besondere Verträge zurückgeführt werden, die erst später gewohnheitsrechtlich oder durch besonderes Gesetz als integrirender Bestandtheil der einzelnen Rechtsgeschäfte anerkannt sind. Man kann daher auch heute noch die Erfahrung machen, daß die Verträge mit gesetzlich genau geregeltem Inhalt gewöhnlich in wenigen Worten, oft mit einer Handbewegung, abgemacht werden, während bei anderen Rechtsgeschäften, die eine gesetzliche Durchbildung noch

nicht erfahren haben, ein ganzer Apparat der verschiedenartigsten Cautelen für hüben und drüben herhalten muß. Detaillirte Vertragsbestimmungen findet man heutzutage, von Ausnahmefällen abgesehen, fast nur in unentwickelten Rechtsverhältnissen. Ich erinnere dabei nur an die oft sehr umfangreichen Statuten der Banken über die Cheks, der Waarenhäuser über die Warrantbelehnung der einzelnen Korporationen und Gesellschaften, welche diese zur Regelung ihrer Verhältnisse nach innen und außen aufzustellen sich genöthigt sehen. Für diejenigen, die mit den betreffenden Instituten contrahiren, erweist sich der Inhalt der Statuten vielfach als der präsumtive Inhalt der einzelnen Verträge, wenn nicht ausschließende Vertragsbestimmungen getroffen sind.

Wenn man fernerhin im praktischen Leben die Erfahrung macht, daß eine bestimmte Vereinbarung sich bei den verschiedenartigsten Rechtsgeschäften vielfach und regelmäßig wiederholt, so ist auch sicher die Vermuthung gerechtfertigt, daß in dieser Beziehung das Recht noch wenig entwickelt ist, daß aber auch der Weg zur Entwickelung damit gegeben ist.

Schon bei diesen Erwägungen setzt die Vermuthung ein, daß auch diese Custodiaverträge einer Zeit angehört haben müssen, als die Regeln über die Haftpflicht, d. h. die Regeln der culpa, welche jedenfalls ein verfeinertes Rechtsbewußtsein voraussetzt, noch nicht die Durchbildung erfahren hatten, wie wir sie im späteren Recht vorfinden. Denn es ist keine Frage: die Haftung für custodia kann im Ganzen keinen anderen Zweck gehabt haben, als einen billigen Maßstab für die Haftung des Detentors fremder Gegenstände abzugeben, ein Zweck, den sie jedenfalls mit der culpa gemeinsam hat, wenn sich auch die culpa nicht nur hinsichtlich der Haftung für die Bewahrung fremder Gegenstände offenbart, sondern einen viel weiteren Spielraum für sich beansprucht. Daß wir aber trotzdem im

späteren Recht, wo diese culpa in ihrer heutigen Gestalt bereits errungen war, trotzdem die Custodiaverträge noch erwähnt finden, kann Niemanden, der sich mit der Entwickelung des römischen Rechts beschäftigt hat, Wunder nehmen. Es war eben nicht Art der Römer, ein abgestorbenes Rechtsinstitut von Rechtswegen einfach zu beseitigen. Dieses überließ das römische Recht einfach dem Leben. In der Theorie bestand das abgestorbene Institut noch weiter.

Diese soeben ausgesprochene Vermuthung stimmt überdies durchaus mit dem, was wir über die Entwickelung der culpa wissen und vermuthen, überein.

Läßt sich die Entwickelung der culpa auch nicht bis ins Detail verfolgen, so scheint doch das Eine festzustehen, daß im alten Recht culpa nur als culpa in faciendo[1]) auftrat und erst bei den bonae fidei judicia neben dieser culpa in faciendo allmählich auch die Rechtsanschauung sich entwickelte, daß nicht nur für schuldhafte Handlungen, sondern auch für Unterlassungen verantwortet werden müsse. Diese negligentia oder culpa in non faciendo wurde im Laufe der Jahrhunderte mit der culpa in faciendo zu einem Begriff verschmolzen und haftet seitdem für omnis culpa, wer in alter Zeit für culpa in faciendo haftete (die negligentia mit eingeschlossen); er hat mit anderen Worten diligentiam zu präſtiren[2]). Es leuchtet ein, daß die auf den Schauplatz der Geschichte tretende diligentia einen Raum für Custodiaverträge auf die Dauer nicht offen lassen konnte. Es entspricht bei den durchschnittlich vorkommenden Rechtsgeschäften die Theorie von der culpa so sehr dem präsumtiven Willen der Contrahenten, daß selbst durch die detaillirtesten Vereinbarungen über die Grenzen der

---

[1]) l. 91 D XLV 1.

[2]) l. 5 § 2 D XIII 6; l. 12 D XVIII 6. Vergl. Dernburg, Pand., Bd. II, S. 98. Pernice; Labeo, Bd. II, S. 284.

Haftung des Detentors dem präsumtiven Willen der Contrahenten kaum besser Rechnung getragen werden könnte, als durch die Theorie der culpa bereits geschehen. Stellt man sich dagegen vor, daß die heute geltenden Regeln über die Unterlassung gehöriger Sorgfalt noch nicht existirten, so lag es auf der Hand, daß Niemand seine Sache ruhig in fremde Hände geben konnte, ohne eine Vereinbarung über die Haftungspflicht des Detentors zu treffen.

Wenn es sonach feststeht, daß es in Rom Zeiten gegeben haben muß, in denen bei Ueberantwortung von Sachen von Seiten des Eigenthümers an den Detentor Verträge über die Haftung des letzteren wegen etwaiger Unfälle abgeschlossen wurden, wenn es weiter unzweifelhaft ist, daß die culpa in non faciendo nicht immer sich als ein Theil der Haftung für culpa dargestellt hat, so ist die Schlußfolgerung wohl gestattet, daß mit Auftreten der so veredelten culpa die Custodiaverträge nicht nur zuerst eine veränderte Gestalt angenommen, sondern allmählich auch außer Uebung gekommen sein müssen, da auch die detaillirtesten Bestimmungen über die custodia einer Sache in der Regel kaum etwas Treffenderes zur Sicherheit b e i d e r Paciscenten aufzustellen in der Lage sein werden, als durch die Haftung für culpa bereits gegeben worden ist.

Für die hiernach schon gerechtfertigte Vermuthung, daß der Begriff „custodiam praestare“ einer Zeit angehört haben muß, in der man die culpa in ihrer heutigen Gestalt noch nicht kannte, spricht vor Allem aber das Capitel des corpus juris, das κατ ἐξοχήν die custodia behandelt, das Capitel vom receptum nautarum.

In l. 3 § 1 D IV 9 sagt Ulpian:

> At hoc Edicto omnimodo, qui recipit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit.

Es soll also der nauta „omnimodo, etiamsi sine culpa“ für die Rückerstattung der Sachen haften. Viele folgern aus diesem Passus, daß das Edikt von Hause aus eine ganz unbedingte Haftung des Schiffers für jeden Zufall fordert. Meines Erachtens liegt in dieser Auffassung eine vollständige Verkennung des Wortes custodia, das doch immerhin nur eine Haftung, soweit ein Schutz, eine Bewachung möglich und denkbar ist, voraussetzt, mehr aber noch ein vollständiges Uebersehen der historischen Entwickelung des römischen Rechts: Der Gedanke, daß im Princip im römischen Recht in seiner Justinianischen Gestalt irgendwo eine Haftung für Zufall von Rechtswegen anerkannt sein sollte, klingt überdies so ungeheuerlich, daß ein besonders schlüssiger Beweis dafür gefordert werden muß, wenn dieses als möglich gelten soll. Thatsächlich haftet ja nicht einmal der Schuldner in mora für Zufall, wiewohl man dieses häufig ausgesprochen findet. Der Schuldner wird vielmehr durch den Beweis, daß der Zufall die Sache auch in Händen des Gläubigers im Falle rechtzeitiger Leistung getroffen hätte, von der Haftung befreit, wobei allerdings auch der Beweis dessen zu führen ist, daß der Gläubiger das Geleistete behalten und nicht verkauft hätte[1]). Hieraus geht aber hervor, daß allerdings beim Schuldner in mora präsumtiv die Schuld schon im Verzuge gefunden wird, auch wo genügende Anhaltspunkte dafür sich vielleicht nicht ergeben, daß aber, wenn vom Schuldner bewiesen werden kann, daß ein Causalzusammenhang zwischen der mora und dem Ereigniß sicher nicht vorliegt, eine Haftung des Schuldners nicht stattfindet, weil dann nachweisbar eine culpa des Schuldners nicht vorhanden ist. Nicht ein Fall der Haftung für casus liegt demnach vor, sondern nur eine praesumtio für den Zusammenhang zwischen

[1]) l. 15 § 3 D IV 1; vgl. Dernburg, Pand., Bd. VI, S. 109.

mora und Unfall, die eine Verschiebung der Beweislast zur Folge hat.

Es findet sich also im römischen Recht sonst nirgends eine Haftung für Zufall. Wie sollte sich eine solche für den nauta rechtfertigen lassen? Ein Motiv für diese singuläre Erscheinung findet sich nirgends. Die Worte „omni modo“ und „etiamsi sine culpa“ können daher auch nur bedeuten, daß für die Haftung der nautae nicht bloß der zur Zeit Ulpians sonst allein maßgebende Gradmesser der culpa angelegt werden soll, sondern auch der der sonst außer Gebrauch gesetzten custodia. Der Ausspruch Ulpians liefert den Beweis dafür, daß culpa und custodia etwas völlig Incommansurables darstellen. Es kann von Haftung für casus daher nicht die Rede sein, weil casus nothwendig den Maßstab der culpa erfordert und ohne diesen der Grundlage entbehrt. Wer den Begriff der custodia finden will, muß somit den bei einigen Schriftstellern zum Dogma gewordenen Satz: wer custodiam prästirt, haftet für casus, einfach bei Seite lassen. Bei den classischen Schriftstellern findet sich auch dieser Ausspruch nirgends.

Sehr bemerkenswerth ist ferner, daß der Prätor die den nautae, caupones et stabularii übertragene Custodiapflicht in einem besonderen Edikt gewährleistet. Wir sehen, daß auch vielfach bei anderen Rechtsverhältnissen von der custodia die Rede ist. Warum würdigte der Prätor gerade dieses „salvum fore recipere“ eines besonderen Edikts. Auch hier ist wohl kaum eine andere Erklärung zu finden, als daß die custodia sich in diesen Rechtsverhältnissen als besonders lebensfähig erwiesen hatte, woraus per argumentum e contrario für andere Rechtsverhältnisse auf das Gegentheil geschlossen werden kann. Es scheint mir nach dem oben Dargelegten kein Zweifel obzuwalten, daß sich im praktischen Gebrauch der Römer, zum

mindesten seit der Zeit des Labeo, des ältesten Juristen, den wir als Commentator des Edikts kennen lernen (l. 3 § 1 cod.), die custodia in Gestalt des „salvum fore recipere“ sich wesentlich im Rechtsverhältniß der nautae, caupones &c. erhalten hat und nur noch gelegentlich bei den Schriftstellern erwähnt wird, wie es ja an und für sich unbedenklich ist, von Verträgen zu reden, wenn sie auch im praktischen Leben nicht mehr geschlossen werden mögen. Andererseits ist schon hier nicht zu verschweigen, daß die Quellen auch vielfach von einer custodia in einem Sinn sprechen, der keineswegs auf einen Vertrag schließen läßt. Das auf dem Wege der Combination Gefundene kann daher auch nur dann sich als richtig erweisen, wenn für diese andere custodia eine Erklärung gefunden wird [1]).

§ 6.

Die custodia diligens.

Ich habe bereits erwähnt, daß die custodia sich auch in den Quellen vielfach in einem Zusammenhang erwähnt findet, die jeden Gedanken an eine von einem pactum adjectum ausgehende Entstehung ohne Weiteres zurückweist. So finden wir in der l. 2 § 1 D XVIII 6 folgenden Ausspruch:

> Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem operteat, utrum plenam ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat videamus. Et puto, eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna sit excusatum.

[1]) Vergl. bez. der letzten Ausführungen: Pernice, Labeo, Bd. II, S. 353; Biermann, „Custodia und vis major“, Zeitschrift der Savigny-stiftung, Röm. Abth., Bd. XII, S. 50—56.

Man sieht in diesem Satz die custodia als „plena" mit diligentia identificirt. Ebenso ist in l. 10 § 1 D XIII 6 das Wort custadia offenbar für omnis diligentia gebraucht, wenn es da heißt:

> Si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaritur. Et, si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit; si sui et custodiam, et ideo furti habebit actionem.

Auch hier kann im Gegensatz zu dolus nur „diligentia" und nicht eine anders geartete Haftung gemeint sein.

Besonders deutlich spricht aber auch 17 (19) J IV 1, wenn sie sagt:

> Sed is apud quem res deposita est, custodiam non praestat, sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit.

Hier finden wir also wiederum custodia für omnis diligentia gebraucht. Die allgemeinen Grundsätze über das depositum, vor Allem der Gegensatz zum dolus, lassen darüber keinen Zweifel.

Ich verweise endlich noch auf die in § 1 angeführte Institutionenstelle, in der es heißt:

> nec sufficit et tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit, eam rem custodire.

Der Quellenstellen giebt es noch viele, in denen custodia entweder für diligentia oder in Beziehung zur diligentia gebraucht wird.

Nach dem, was ich im vorigen Paragraphen ausgeführt habe, ist es aber wohl kein Zweifel, es kann sich hier nur um eine andere custodia handeln, und zwar um eine custodia, die erst mit dem Auftreten der culpa in non faciendo sich

gebildet haben kann. Wie ist man aber darauf gekommen, späterhin custodia für diligentia zu gebrauchen?

In welcher Weise die Entwicklung sich vollzogen, ist unserem Auge verborgen, da die Quellen nichts darüber berichten. Doch giebt es immerhin einzelne Quellenzeugnisse, die ein gewisses Licht in dieses Dunkel bringen.

Es wäre hier noch verfrüht, genauer darauf einzugehen, welche Schranken der Custodiahaftung des alten römischen Rechts gezogen worden sind. Das mag aber schon jetzt hervorgehoben werden, daß nur der Zweck der custodia und die für den einzelnen Fall zu Gebote stehenden Mittel zum Schützen und zum Bewahren maßgebend gewesen sein können. Es wird also entweder im einzelnen Falle geprüft worden sein, ob eine Haftung für diesen oder jenen Unfall schon durch den Zweck des Custodiavertrags geboten werde und ob im Allgemeinen angenommen werden könne, daß durch Bewachung einem derartigen Unfall zu begegnen sei oder es sind durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmte Fälle als solche anerkannt worden, welche als durch custodiae praestatio nicht zu beseitigen galten. Jedenfalls sind aber auch für die letztere Eventualität bei Fixirung oder Classificirung der einzelnen Unfälle die Grundsätze der ersteren maßgebend gewesen.

Stellt man sich nun Derartiges vor und vergegenwärtigt man sich, daß zu einer Zeit, in der zur Ermöglichung der Haftpflicht des Detentors solche Custodiaverträge als pacta adjecta den Verträgen beigefügt zu werden pflegten, die neu geformte culpa allmählich rechtlicher Bestandtheil der einzelnen Verträge wurde, so steht fest, daß vor Allem zuerst die custodiae praestatio einen völlig veränderten Inhalt erhalten mußte, weil alle durch culpa geursachten Unfälle nothwendig ausschieden. Ein Bild der Entwickelung zu geben, ist wohl

nicht möglich und würde wesentlich auf Raisonnement hinauslaufen; dennoch scheinen zwei Stellen aus dem liber V ad edict. provinciale des Gajus als Zeugniß dieser Entwickelung hoch interessant. Die erstere Stelle, die ich in anderem Zusammenhang bereits citirt habe, des Zusammenhangs wegen aber nochmals wiederholen will, ist die l. 40 D XIX 2:

> Qui mercedem accipit, pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.

In der anderen tritt uns die l. 5 pr. D IV 9 entgegen:

> Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta, ut trajiciat vectores, caupo, ut viatores manere in caupone patiatur, stabularius, ut permittat jumenta apud eum stabulari; et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.

Wenn man erwägt, daß beide leges dem V. Buch des Gajus ad edictum provinciale entlehnt sind, so ist kein Zweifel vorhanden, daß die letztere lex im Zusammenhange des lib. V ad edict. provinc. sich unmittelbar an die lex 40 geschlossen haben muß. Nachdem Gajus zuerst festgestellt hat, daß, wer custodia gegen Entgelt übernimmt, auch für custodia zu haften habe, sagt er, daß der nauta etc. trotzdem (tamen) für custodia hafte, wiewohl er die Vergütung nicht für Verwahrung, sondern nur für die Beförderung der Güter erhalte. Dieses „tamen“ drückt zweifellos aus, daß es sich hier um eine Singularität handle, daß diese Haftung den Grundsätzen des Rechts widerspreche, da sie sonst nur bei entgeltlichen Verwahrungsgeschäften vorkomme. Erinnert man sich der alten Custodiaverträge als pacta adjecta, welche einzig die Grenze der Haftung zum Gegenstand hatten und

nichts anderes, geschweige denn eine Vergütung für die custodia, regelten, so liegt in diesen Worten des Gajus ausgesprochen, daß die Custodiaversprechen, soweit das receptum nautarum nicht in Betracht kam, der Vergangenheit angehört haben müssen, und daß das Custodiaversprechen des nauta, wie es sich durch das Edikt als Rechtsbestandtheil der Verträge der Schiffer 2c. ausgebildet hatte, eine Ausnahme darstellte.

In den pacta adjecta wurde keine Vergütung für die Verwahrung stipulirt. Durch den Eintritt der culpa als regelmäßiger Bestandtheil waren die Custodiaverträge außer Gebrauch gekommen und fristete nur derjenige Theil der früheren custodia, der auch auf Grund der Culpahaftung verantwortlich macht, noch fernerhin sein Leben. Das war die neue custodia, die custodia diligens oder die diligentia in custodiendo. Die Custodiahaftung hatte sich insofern noch erhalten, als sie beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag die präsumtiven Schranken für die Grenzen der Verwahrung bezeichnet. Das „salvum fore recipere" wurde damit ein selbständiger Vertrag. Sie hatte sich gleichsam in den letzten Schlupfwinkel geflüchtet, um dem entgeltlichen Verwahrungsvertrag, falls im einzelnen Vertrag die Grenzen der Haftung nicht bezeichnet sind, eine naturgemäße Interpretation zu schaffen.

Noch deutlicher als im ersten Theil der l. 5 pr. D IV 9 sehen wir die Entwickelung aus dem folgenden Satz, in dem Gajus die Haftung des fullo und sarcinator behandelt. Er sagt: nam et fullo et sarcinator, non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. Vor allem fällt das „nam et" auf, gleichsam als wollte er die Custodiahaftung des nauta aus der Haftung des fullo und sarcinator herleiten. Um dieses

„nam et" zu verstehen, muß man den ganzen Satz zuerst betrachten. Bei diesem fällt zuerst auf, daß er den fullo und den sarcinator nicht wie den nauta, „custodiae nomine", sondern „custodiae nomine ex locato" verantworten läßt. Dieser Zusatz „ex locato" ist um so wichtiger, wenn man l. 3 § 1 D IV 9 in's Auge faßt, in der Ulpian sagt: Pomponius wundere sich umsomehr, warum eine actio honoraria gegeben sei, da der nauta doch schon eine actio civilis (ex locato) habe. Es kann hiernach kein Zweifel sein, daß nach Ansicht des Gajus der fullo und sarcinator im Gegensatz zum nauta nicht ex recepto für custodia haften, sondern nur ex locato verantwortlich sind, soweit die culpa in custodiendo ihre Voraussetzung findet. Gajus braucht sonach auch schon die custodia im übertragenen Sinn als culpa in custodiendo. Hierin sehen wir wieder ein Beispiel für den conservativen Sinn der Römer vor uns. Der neue Culpamaßstab erforderte keineswegs eine besondere Berücksichtigung der custodia. Die custodia, soweit sie berechtigt erschien, war bereits in der culpa enthalten. Die custodia hätte einfach als abgethan verworfen werden können. Da die Römer aber immer die Entwickelung des Rechts im Auge behielten, konnten sie sich nicht entschließen, ein derartiges altes Inventarstück, wie die custodia, preiszugeben. Sie erinnerten in Folge dessen in ihren juristischen Deduktionen auch durch Gebrauch desselben Worts immer wieder an die Vergangenheit, an die sich das spätere Recht geknüpft hat. Nicht unwahrscheinlich ist es allerdings auch, daß die römischen Juristen, so langsam, wie sich überhaupt, und auch bei ihnen die Rechtsentwickelung zu vollziehen pflegte, sich während der Entwickelung des prinzipiellen Unterschieds zwischen der alten custodia und der custodia diligens nicht so klar bewußt waren, wie der Unterschied es erfordert hätte, und daß aus

diesem Grunde die culpa in custodiendo auch custodia genannt wurde, ohne daß die „veteres“ ahnten, welche heillose Verwirrung durch eine Bezeichnung für zwei verschiedene Begriffe noch nach Jahrtausenden hervorgerufen werden würde. Es steht sonach fest, daß in den Quellen zwei verschiedene Arten von custodia behandelt werden. Die eine derselben beruht auf Vertrag, die andere ist von Rechts wegen Bestandtheil der einzelnen Verträge. Es ergiebt sich sonach jetzt von selbst, warum es nicht möglich war, die beiden Arten der custodia unter einen Begriff zu bringen. Wenn nach der einen Haftung auch „sine culpa“ „omnimodo“ verantwortet wird, nach der anderen aber gerade culpa den Maßstab abgeben soll, so liegen eben Gegensätze vor, denen kein Jurist gewachsen ist. Es fragt sich nur, ob wirklich aus allen Quellenstellen klar ersichtlich ist, um welche custodia es sich handelt, ob es nicht vielleicht doch Stellen giebt, in denen bei der alten vertragsmäßigen custodia nur für culpa gehaftet wird, oder in denen bei unzweifelhaft gesetzlicher Haftung vielleicht doch die Haftung für custodia im Sinne des alten Rechts vorkommt. Dadurch würde allerdings meine ganze Theorie in's Schwanken gerathen. Ich will daher einzelne Quellenstellen, die möglicherweise als kritisch angesehen werden könnten, einer genaueren Beleuchtung unterziehen:

a) Gewisse Schwierigkeit dürfte auf den ersten Blick die l. 1 § 35 D XVI 3 verursachen:

> Saepe evenit, ut res deposita vel numi periculo sint eius, apud quem deponuntur, ut puta si hoc nominatim convenit; sed et si se quis deposito obtulit, idem Julianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam

culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

In diesem Fall, wie in allen Fällen, in denen außer von dolus und culpa noch von custodia gesprochen wird, kann custodia nur das vertragsmäßig übernommene „salvum fore recipere“ bedeuten, da ein Pleonasmus um so weniger anzunehmen ist, als es der Stellen, in denen custodia neben culpa erwähnt wird, eine große Zahl giebt. Andererseits deutet hier nichts auf einen besonderen Custodiavertrag. Der Zweifel aber löst sich bald, wenn man diese lex im Zusammenhang betrachtet mit der schon vielfach angezogenen l. 40 D XIX 2, nach welcher, qui mercedem accipit pro custodia rei, periculum custodiae praestat. Wer für die Verwahrung einer Sache Lohn erhält, haftet für custodia. Wer keinen Lohn erhält, haftet nicht für custodia; ist er Depositar, bekanntlich nur für culpa lata in custodiendo. Warum also wird der sich aufdrängende Depositar so streng behandelt? Wer sich aufdrängt, beweist dadurch, daß ihm an dem depositum etwas gelegen ist, daß sonach sein Vortheil auch damit verknüpft sein müsse. Es ist daher nicht unbillig, ihn, wie einen, qui mercedem accipit, zu behandeln. Es wird daher auch in diesem Fall die Grenze der Haftung schon von Rechtswegen Inhalt des Vertrags, es handelt sich um einen entgeltlichen Verwahrungsvertrag.

b) Vielfach commentirt ist auch l. 52 § 3 D XVII 2. In derselben heißt es, daß, falls mehrere Gesellschafter einem derselben ein Stück Vieh abgeschätzt (aestimatum) übergeben haben, dieser für damnum fatale nicht zu prästiren habe, er dagegen für Diebstahl einstehen müsse, da, wer einen Gegenstand abgeschätzt in Empfang nehme, auch custodiam zu prästiren verpflichtet sei. In dieser Stelle kann meines Erachtens gerade nur eine Unterstützung derjenigen Anschauung gesehen

werden, die in dem „custodiam praestare" eine vertragsmäßige Verpflichtung sieht. Die aestimatio konnte doch nur auf Grund eines Vertrags erfolgen und geschah, wie man hiernach annehmen muß, nur, um bei der etwaigen condemnatio in Geld sich der Willkür des Richters hinsichtlich des ihm zustehenden arbitrium zu entziehen.

c) Geradezu meine Auffassung unterstützend und beweisend erscheinen mir diejenigen Quellenstellen[1]), in denen eine praestatio custodiae neben der culpa (oft noch neben der diligentia) ausdrücklich hervorgehoben wird[1]).

Daß so häufig, wie diese Zusammenstellung sich findet, von einem Pleonasmus nicht die Rede sein kann, ist schon früher ausgeführt. Wenn aber custodia etwas außerhalb der culpa Liegendes sein muß, andererseits aber principiell schon der Gedanke an eine Haftung für Zufall ausgeschlossen sein muß, führt auch schon diese Zusammenstellung nothwendig zu einer Haftung auf Grund stattgehabter Vereinbarung.

d. Es erübrigt hier nur noch die Frage, warum die Quellen, wenn sie nun thatsächlich das Wort custodia in so verschiedenem Sinn brauchen, dieses nicht deutlicher aussprechen. Eine Erklärung hierzu findet sich nur in der Art der Justinianischen Compilation. Justinian gab in seinen Digesten keine Definitionen, sondern nur Fragmente aus den Schriften der großen römischen Juristen und überließ es den nachkommenden Geschlechtern, das Princip aus diesen Fragmenten herauszufinden. Zudem konnten Justinian und die Compilatoren aus dem Vollen schöpfen, sie sahen daher klar und deutlich, was uns nur durch die mannigfachsten — oft auch gewiß irrthümlichsten — Combinationen zugänglich wird. Justi-

---

[1]) l. 13 § 1 D XIII 2; l. 13 § 1 D XIII 7; l. 19 C VIII 13 (14) u. a. m.

nian und die Compilatoren wußten daher genau, daß die custodia ein längst überwundenes Institut war und nur noch für das Geschäft des nauta etc. seine Geltung behalten hatte. Deßhalb gab er die gehörigen Gesichtspunkte für die custodia in seinem lib. IV tit. 9 der Digesten und widmete ihr sogar einen besonderen titulus. In anderen Theilen der Quellen begegnen wir der custodia dementsprechend nur gelegentlich, weil es Art der römischen Juristen war, auch abgestorbenen Instituten noch Beachtung zu schenken und immerhin Custodiaverträge auch in der classischen und nachclassischen Periode möglich und denkbar gewesen wären. Wären uns noch alle Schriften der großen Juristen zugänglich, würden wir ebenso wie Justinian das Institut der custodia klar vor Augen haben. So sind wir aber zum Theil auf das Gebiet der Combination angewiesen. Sicher ist jedenfalls, daß nur diejenige Combination die richtige ist, die allen Quellenstellen ohne Ausnahme gerecht wird.

§ 7.

Die Schranken der Custodiahaftung.

Vielfach findet sich in der Literatur die Ansicht vertreten, daß, wer für custodia hafte, unbedingt für Diebstahl verantwortlich sei, ja daß custodiae praestatio nichts weiter besage, als die unbedingte Diebstahlshaftung. Nach den bisherigen Ausführungen dürfte es wohl feststehen, daß jedenfalls die custodia diligens nicht die unbedingte Diebstahlshaftung in sich schließen könne. Dennoch ist zuzugeben, daß gerade diejenigen Quellenstellen, die für die unbedingte Diebstahlshaftung sprechen, meist nicht auf ein besonderes custodiam repromittere hinweisen. (Eine Ausnahme macht die l. 14 § 17 D XLVII 2.) Neuerdings ist noch die Ansicht, daß die custodia

die unbedingte Haftung für Diebstahl in sich schließe, von Bruckner zum Gegenstand einer eingehenden Erörterung gemacht worden. Er geht dabei von der actio furti aus und betont mit Recht, daß in den Quellen die Zuständigkeit der actio furti meist damit motivirt werde, „quia custodiam praestare debet“ (l. 12 pr. D XLVII 2, wo vom fullo und sarcinator gesagt wird, daß er actio furti hat, weil er custodiam präſtiren müſſe[1]). Bruckner hebt auch ferner mit Recht hervor, daß in diesem Zusammenhang die custodia niemals custodia diligens bezeichnet werde, und zieht hieraus den Schluß, daß, wer custodiam zu präſtiren verpflichtet sei, unbedingt für Diebstahl haften müſſe. Damit sieht er die Eigenthümlichkeit der von ihm so gefundenen technischen custodia in der unbedingten Diebstahlshaftung, die sich daher naturgemäß nur auf bewegliche Sachen erstrecke, aber für diese in allen Fällen, in denen custodia präſtirt werden muß, existire[2]). Wenn man erwägt, daß damit ein Hauptgrundsatz des römischen Rechts, daß über culpa hinaus nicht gehaftet wird[3]), über den Haufen geworfen wird, diese übrigens von Löhr übernommene Theorie seit mehreren Menschenaltern bereits ganz von der Discussion abgesetzt ist, wird man ihr, da für sie auch jede ausreichende Erklärung fehlt, mit einigem Mißtrauen begegnen und ihr jedenfalls nur zustimmen, wenn die allerzwingendsten Beweise dafür beigebracht werden können. Sieht man sich aber die von Bruckner in durchaus objektiver, in den Dienst der Wissenschaft gestellter Bereitwilligkeit beigebrachten kritischen Stellen[4]) und noch andere Quellenzeug-

---

[1]) Vergl. auch l. 35 § 4 D XVIII 1; l. 10 § 1 D XIII 6; l. 52 § 3 D XVII 2; l. 14 § 15 D XLVII 2 u. a. m.

[2]) Bruckner a. a. O. S. 97 ff.

[3]) l. 23 D L 17.

[4]) Bruckner a. a. O. S. 190 ff.

nisse[1]) an und hält man sich vor allen Dingen die l. 14 § 10 D XLVII 2 vor Augen, in der es heißt:

> neque enim, inquit, is, cujuscunque interierit, rem non perire, habet furti-actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa ejus perierit,

so erscheint damit die Bruckner'sche Theorie wohl abgethan, da ausdrücklich gesagt wird, daß die actio furti nur dem zusteht, der durch seine Schuld den Verlust der Sache, d. h. den Diebstahl verursacht hat. Die historische Entwickelung giebt überdies den Schlüssel für die Motivirung: furti actionem habet, quia custodiam praestare debet. Bei den alten pactis adjectis war in der That die unbedingte Diebstahlshaftung in das „salvum fore recipere“ mit eingeschlossen. Als aber die alte custodia sich auflöste in die culpa in custodiendo, wurde Voraussetzung der actio furti die Verschuldung des bez. Detentors, mag er nun Commodatar oder sonst etwas gewesen sein. Dennoch aber sprechen die classischen Juristen davon, daß er die actio furti habe, weil er custodiam, das hieß aber damals culpam in custodiendo, zu prästiren verbunden sei. Natürlich hatte der Detentor die actio furti nur dann, wenn ein Verschulden von seiner Seite vorlag und deßwegen vom Eigenthümer auf Grund der culpa belangt werden konnte. Das „eatenus ejus interest, rem non subripi, quatenus custodiam praestat“ findet auch bei dieser Auffassung seine volle Erklärung[2]).

Wie sehr aber die Römer daran festhielten, daß auch nur da custodia diligens vorliegen könne, wo die Haftung für die vertragsmäßige früher vorkam, sieht man daraus, daß den

---

[1]) l. 12 D XLVII 2; l. 14 § 10 eod.; l. 5 C IV 24; l. 8 eod.; § 4 J III 14; l. 3 D XVIII 6 und viele andere.

[2]) l. 71 (73) D XLVII 2.

negotiorum gestores, den Protutoren und Tutoren die actio furti einfach abgesprochen wird, auch wenn der Unfall durch eine culpa hervorgerufen ist[1]). Von ihnen heißt es einfach (l. 87 D XLVII 2): actionem furti non habent, weil sie nicht domini voluntate tenuerunt[2]). Man sieht sonach, daß die Auffassung Bruckner's, als sei die unbedingte Diebstahlshaftung als rechtlicher Bestandtheil der einzelnen Rechtsgeschäfte auch in das neuere Recht übergegangen, nicht nur nicht nothwendig, sondern geradezu unhaltbar ist. Einen erneuten Beweis aber haben wir wieder dafür, wie sich die alten Juristen an das Wort „custodia" klammerten, sei es, daß sie mit vollem Bewußtsein die alte Bezeichnung auf den neuen Begriff übertragen wollten, sei es, daß sie sich zuerst des principiellen Unterschieds zwischen culpa und custodia noch nicht völlig bewußt waren. Eine gewisse Erklärung wird immerhin auch dadurch geboten, daß die culpa ursprünglich offenbar nicht rechtlicher Bestandtheil der einzelnen Verträge war, sondern ebenfalls durch besonderen Vertrag übernommen wurde. Es hat daher die Culpahaftung des negotiorum gestor wohl auch erst später Platz gegriffen, als in den contractlichen Verhältnissen.

Das eine scheint sich aber als Ergebniß vorstehender Ausführungen feststellen zu lassen, daß bei dem „salvum fore recipere" des alten Rechts die unbedingte Haftung für Diebstahl implicite versprochen war. Hieraus aber die Consequenz zu ziehen, daß die unbedingte Diebstahlshaftung der einzige

[1]) Vergl. bez. der letzteren Ausführungen Biermann a. a. O. S. 56, die im Wesentlichen mit mir übereinstimmt, wenn er auch die custodia des alten Rechts als einen rechtlichen Bestandtheil der einzelnen bezw. Rechtsgeschäfte ansieht und deshalb kaum im Stande sein dürfte, alle vorhandenen Widersprüche in den Quellen zu beseitigen.

[2]) Bruckner a. a. O. S. 135 ff.

Inhalt der Custodiahaftung gewesen sei, ist völlig willkürlich und leicht zu widerlegen. Bevor ich jedoch hierauf näher eingehe, will ich allem zuvor die Frage untersuchen, welches die Grenzen für die Custodiahaftung in der Zeit waren, als die culpa in non faciendo zum Bestandtheil der einzelnen Verträge geworden war. Man unterscheidet demnach von jetzt an drei verschiedene Perioden für die custodia: 1. die custodia vor dem Auftreten der culpa, 2. die durch das Auftreten der culpa nothwendig modificirte, aber immerhin noch auf Custodiavertrag beruhende custodia, 3. die custodia diligens. Wenn ich künftig von Custodiahaftung spreche, werde ich die custodia diligens als eine rechtlich gar nicht in Betracht kommende Art der custodia einfach übergehen und die unter 1. erwähnte custodia die alte, die unter 2. erwähnte die neue custodia nennen, wenn auch die unter 2. erwähnte sich schon zur Zeit des prätorischen Edikts, also jedenfalls zur Zeit des Labeo als eine überwundene dargestellt haben mag. Bezüglich der Frage nach den Grenzen der neuen custodia habe ich bereits früher ausgesprochen, daß wohl die Grenzen derselben nur im concreten Fall nach dem Zweck und den Mitteln, die nach den Verhältnissen des einzelnen Falls anzunehmen sind, bestimmt werden kann. Dieses schließt an und für sich nicht aus, daß die Römer vielleicht für einzelne bestimmte Rechtsgeschäfte bestimmte Unfälle als unter die Custodiahaftung fallend bezeichnet haben können. Für diese Feststellung kann aber meines Erachtens nur die soeben bezeichnete Richtschnur maßgebend gewesen sein. Sieht man sich nun die einzelnen Quellenstellen an, in denen von der Haftung für custodia bei den einzelnen Rechtsgeschäften die Rede ist, so finden wir vor allem folgende Grundsätze:

1. beim receptum haften die nautae, caupones et stabularii:

a. für Diebstahl, b. für damnum injuria datum, c. für die Handlungen ihrer Angestellten und der Passagiere,

Beleg: l. 5 § 1 D IV 9:

> Quaecunque de furto diximus et de damno debent intelligi; non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recedere videatur

und l. 1 § 8 D eod.

> Et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum.

Die Auffassung Biermann's [1]), daß eine custodia gegenüber den Handlungen der Schiffsbesatzung nicht möglich sei, vermag ich nicht zu theilen. Das Motiv, daß diejenigen Unfälle nicht unter die Custodiahaftung fallen können, welche ihren Ausgangspunkt in der Person des Wächters haben, ist deshalb hier gar nicht durchschlagend, weil die custodia des Schiffers sich auch auf die Personen, die ihm unterstellt sind, bezieht und beziehen muß.

2. bei der horrei locatio findet sich eine Haftung für gewaltsamen Diebstahl, während für den nicht gewaltsamen Diebstahl offenbar auch ohne Uebernahme der custodia gehaftet werden muß. Denn nur so lassen sich die nachstehenden leges erklären. Zuerst:

l. 54 (57) D XIX 2:

> Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit.

Der dominus horreorum haftet für Einbruchsdiebstahl nicht, wenn er die custodia nicht versprochen hat. Wenn aber besonders ausgesprochen wird, daß er für Einbruchsdiebstahl

---

[1]) Biermann a. a. O. S. 59.

nicht haftet, falls er nicht gerade die custodia zugesagt hat, muß angenommen werden, daß er auch ohne Custodiaversprechen schon für nicht gewaltsamen Diebstahl — furtum — haften muß.

Daß auch ohne Custodiaversprechen die Uebernahme eines periculum — offenbar des periculum furti — verbunden war, beweist überdies folgende Stelle:

> l. 60 § 6 D. eod.: Locator horrei propositum habuit, se aurum, argentum, margaritam non recipere suo periculo; deinde quum sciret has res inferri, passus est; proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit remissum, videtur.

Endlich bestätigt auch die l. 4 C. IV 65 meine Annahme:

> Ex divi Antonii Pii literis certa forma est, ut domini horreorum effractorum eius modi quevelas deferentibus custodes exhibere necesse habeant, nec ultra periculo subjecti sint . . .
>
> Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, idem exhibere debent.

Also auch hier wird der Einbruchsdiebstahl nur deshalb verantwortet, weil der dominus horreorum die custodia übernommen hat.

Implicite liegt auch hierin wieder, daß für furtum auch ohne Uebernahme der custodia gehaftet wird. Schließlich unterstützt auch die l. 1 C. eod. meine Auffassung, wenn es da heißt:

> Dominus horreorum periculum vis majoris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illaesis horreis, perrerit, damnum depositarum rerum sarciri debet.

Die effractura latronum wird ohne Weiteres vom dominus horreorum nicht verantwortet, es sei denn, wie aus den an-

deren leges hervorgeht, wenn er custodia übernommen hat. Für furtum haftet er aber nach dem zweiten Theil der lex von Rechts wegen ohne Uebernahme der custodia. Diese lex ist insofern noch interessant, als sie uns im Zusammenhang mit den anderen leges ausspricht, daß jenseits der Haftung der custodia (welche in diesem Fall die Haftung für effractura latronum bildet) die vis major liegt, für die nicht einzustehen ist.

Auf die Gründe dieser merkwürdigen Bestimmung, daß für furtum schon von Rechts wegen gehaftet werden muß, will ich später zurückkommen.

3) Während wir sahen, daß beim receptum die Custodiahaftung auch das damnum injuria datum in sich begreift, sehen wir, daß dennoch für andere Rechtsverhältnisse eine Haftung für damnum injuria datum eine durchaus exceptionelle sein muß. Dies ergiebt sich aus l. 41 (44) D. XIX 2.

> sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Julianus ait, qua enim custodia consequi potu it, ne damnum injuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodici potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit; quae sententia Marcelli probanda est.

Wir sehen aus Vorstehendem, daß Ulpian, dessen libri ad edict diese lex entnommen ist, sich sehr skeptisch in Bezug auf die Möglichkeit verhält, ob überhaupt damnum injuria datum durch custodia abgewendet werden kann. Schließlich giebt er aber doch Marcellus recht, der ausnahmsweise die Abwehr nicht für durchaus ausgeschlossen hält.

4) Ferner sehen wir, daß der Verkäufer eines Sclaven, falls er die Verwahrung übernommen hat, für Flucht und Entwendung (das surripere) zu haften hat; wie l. 3 J. III (24) 23 solches ausspricht:

Quod si fugerit homo, qui veniit aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit: sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet, si non susceperit, securus est.

Dasselbe scheint auch aus l. 5 § 6 D XIII 6 hervorzugehen. Die lang ausgesponnenen Auslassungen Bruckner's[1]), in denen er besondere Eigenthümlichkeiten hinsichtlich der custodia der Sklaven nachzuweisen sucht, vermag ich nicht als richtig oder überhaupt als irgend etwas besagend anzuerkennen.

Wenn daher l. 5 § 5 D XIII 6 sagt:

Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare

und darauf § 6 eod. fortfährt:

Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est, nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret,

so kann man darin doch nur das betont sehen, was an und für sich selbstverständlich ist, daß je nach Lage der Sache, einerlei, ob es sich um einen Sklaven oder ein anderes Objekt handelt, die Ansprüche, die man an einen diligens pater familias stellt, sich verschieben können.

Wenn ferner der § 6 fortfährt:

Certe si hoc actum est, ut custodiam is, qui rogavit, praestet, dicendum erit, praestare,

so liegt hierin in der That doch nichts anderes, als daß, wer custodia zusagt, auch für einen ungefesselten Sklaven die Bewahrung übernimmt, d. h. aber, wenn man die soeben an-

---

[1]) Bruckner a. a. O. S. 82—88.

gezogene Institutionenstelle in Berücksichtigung zieht, für die Flucht und die Entwendung desselben zu haften habe. Irgend welche besondere Eigenthümlichkeit hinsichtlich der custodia des Sklaven vermag ich nicht anzuerkennen. Dagegen spricht auch die Art der Custodiahaftung hinsichtlich des Sklaven für die Thatsache, daß je nach dem vorliegenden Verhältniß die Grenzen der custodia sich verschieben müssen.

5) Während, wie wir aus den ad 2 angeführten Beispielen ersehen, unter Umständen das Custodiaversprechen sogar die Haftung für gewisse Fälle der Gewalt in sich begreift, scheint im Princip die Haftung für diese doch in ähnlicher Weise ausgeschlossen, wie wir das bei der Haftung für damnum injuria datum im Allgemeinen anerkannt finden. Wenigstens erklärt Neratius (l. 31 D XIX 1) in Betreff der Gewalt resignirt: custodia adversus vim parum proficit.

Hiermit hätte ich alles erschöpft, was die Quellen an Handhaben zur Fixirung der Grenzen der Custodiahaftung bieten. Soviel steht schon bei flüchtigem Blick fest, daß eine feste Grenze nicht gegeben ist, daß diese Entscheidungen wohl als Bestimmung der Custodiahaftung bei den einzelnen Rechtsverhältnissen gelten können, nicht aber sich als Bestimmung der Grenze für die Custodiahaftung bei allen Rechtsverhältnissen auffassen lassen. Dieses ist schon deshalb unzweifelhaft, weil bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen die Grenze sich verschieden darstellt. Im höchsten Grade instruktiv sind die Entscheidungen aber dennoch. Sehen wir uns die einzelnen Fälle an.

Was zuerst die Haftung des nauta anbetrifft, so zeigt sich dieselbe als eine besonders weitgehende. Nicht nur für Diebstahl, sondern auch für damnum injuria datum und für die Handlungen der Passagiere und Bediensteten wird gehaftet. Fragt man sich nach dem Grunde, so findet man die

Erklärung wohl unschwer in dem begrenzten Raum, auf den sich bei diesen Fällen die custodia beschränken kann. — Sehr eigenthümlich ist die Custodiahaftung bei der horrei locatio, weil dieselbe sich sogar auf Gewalt erstreckt. Weit eigenthümlicher aber ist noch die Unvermeidlichkeit des aus dieser Haftung zu ziehenden Schlusses, daß der dominus horreorum schon von Rechtswegen für furtum zu verantworten hat. Diese Haftung von Rechtswegen ist — wie Biermann (a. a. O. S. 57) mit Recht meint — dadurch zu erklären, daß es sich hier um einen entgeltlichen Verwahrungsvertrag[1]) handelt und für diesen nach l. 40 D XIX 2 schon auf Grund des Gesetzes der Inhalt des „salvum fore recipere" maßgebend war. Wenn nun die Haftung für heimlichen Diebstahl schon zur gesetzlichen Pflicht des dominus horrei gehörte, mußte die Haftung bei specieller Uebernahme der custodia nothgedrungen eine höhere sein, und wurde daher in diesem Fall die Haftung für effractura angenommen. Die Entscheidung hinsichtlich der locatio horrei ist aber auch noch insofern besonders interessant, als aus derselben indirekt hervorgeht, daß die Haftpflicht für Diebstahl nicht nothwendig der Inhalt des Custodiaversprechens zu sein braucht. Ferner scheint die Haftung für damnum injuria datum der Regel nach in die praestatio custodiae des dominus horrei gehört zu haben. Ueberhaupt dürfte sowohl die Haftung für damnum injuria datum, als auch für vis nur in ganz besonderen Ausnahmefällen als zuläſſig erkannt worden sein.

Also ist es kein Zweifel: eine bestimmte Grenze für die Custodiahaftung gab es nicht. Wir finden vielmehr nur bei

---

[1]) Baron, Die Haftung für custodia, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 52, S. 47.

dem receptum und der locatio horrei eine einigermaßen brauchbare Fixirung der Grenze, nach den einzelnen vorstellbaren Unfällen geordnet, und damit indirekt ausgesprochen, daß einzig auf Grund des individuellen Falls die Schranken der Custodiahaftung zu finden seien. Hierbei muß man daher vor Allem, so schwer es uns auch fällt, von jeder Culpahaftung absehen. Um dieses zu thun, hat man sich die Frage vorzulegen, was ist das Charakteristische an der Culpahaftung? Es kann nun nicht zweifelhaft sein, daß das Wesen derselben darin besteht, daß das Verhalten der haftpflichtigen Person im einzelnen Fall gemessen wird an dem Verhalten eines Mustermenschen, des diligens pater familias. Sieht man aber das Charakteristische eben darin, daß das Verhalten der haftpflichtigen Person im einzelnen Fall geprüft werden soll, so geht für die Feststellung der Custodiahaftung daraus hervor, daß hier von jeder Prüfung des subjektiven Moments, d. h. des Verhaltens abzusehen ist. Ist nun aber das subjektive Moment ganz wegzulassen, so bleibt nur ein Faktor noch, an dem die Haftpflichtigkeit der Person erkannt werden kann, das ist die Thatsache, wie sie in all' ihren Eigenthümlichkeiten sich darstellt. Aus dieser Thatsache, dem individuellen Fall allein, kann aber für die Haftpflicht einer Person nichts gefolgert werden. Zu jeder Schlußfolgerung gehören mindestens zwei Sätze. Wie finden wir den Obersatz für den Syllogismus? Als einziger Maßstab für die Beurtheilung dieser Thatsache zeigen sich aber die Erfahrungen des Lebens. Es ist also nicht zu prüfen, wie der Haftpflichtige gehandelt hat, sondern nur — und zwar möglichst detaillirt — festzustellen, was geschehen ist, um aus diesem Geschehniß auf Grund der Erfahrungen des Lebens den Schluß zu ziehen, ob ein derartiger Unfall zu vermeiden gewesen wäre, und demnach für denselben zu haften

ist oder nicht. Eine dritte Möglichkeit, die Haftpflicht einer Person festzustellen, giebt es nicht. Wird das subjektive Moment bei Seite gelassen, so ist man auf das objektive angewiesen. Auch läßt sich denken, daß zu einer Zeit, als das Recht noch weniger ausgebildet war, die Menschen sich an dieser Art der Feststellung genügen ließen. Es wurde also der einzelne Fall, generalisirt, zum Gegenstand der Untersuchung gemacht und auf Grund dieser Erwägung festgestellt: „Derartiges läßt sich bei ordentlicher custodia vermeiden, oder es läßt sich nicht vermeiden." Fürwahr, ein grobes Verfahren und nur denkbar in einem verhältnißmäßig noch wenig entwickeltem Volk, aber — wie wir später sehen werden — für einzelne Fälle durchaus praktisch, und an diesen praktischen Gedanken knüpfte der Prätor an. Nur so läßt sich das „omnimodo tenetur", das „sine culpa tenetur" verstehen. In diesem Sinn ist es aber dennoch keine Haftung für casus, sondern nur eine Haftung auf Grund eines Maßstabs, bei dem der diligens pater familias überhaupt nicht mitspricht.

So sehr diese Feststellung der Haftpflicht für alle Fälle auf eine noch geringe Ausbildung des Rechts hinwies, so schlummert doch ein gesunder Kern in ihr. Wie Exner[1]) scharfsinnig und geistreich durchgeführt hat, giebt es im Leben aber vielfach so complicirte Betriebe, daß im Fall eines Unfalls für einen Nichteingeweihten der Causalnexus zwischen dem Verhalten der beim Betrieb thätigen Personen und dem Unfall nur sehr ausnahmsweise nachweisbar ist. In diesem Fall versagt der Maßstab des diligens pater familias. In diesem Fall erscheint es gerechter, nicht das, was im Durchschnitt doch nicht ermittelt werden kann, zum alleinigen Gegenstand der Beweisführung zu machen. Es soll daher, wer

---

[1]) Exner a. a. O. S. 531 ff.

custodiam prästirt, außer seiner Schuldlosigkeit auch behaupten können, daß, abgesehen von aller Schuld, der concrete Fall auf Grund der Erfahrungen des Lebens schon für die Unvermeidbarkeit des Falles spricht. Es ist bereits früher erörtert worden, daß mit dem Auftreten der culpa in non faciendo als regelmäßigen Bestandtheils der einzelnen Rechtsgeschäfte die bisherige Custodiahaftung wesentlich modificirt wurde, weil die custodia, soweit culpa in Betracht kam, aufging in die culpa in custodiendo. Wenn demnach auch im einzelnen Fall vom Beklagten, der für custodia einzustehen hat, in erster Reihe zu behaupten ist, daß an diesen Fall die custodia nicht heranreicht, so ist nebenbei der Beweis der diligentia doch immer zu führen, weil nur, nachdem die culpa als nicht vorhanden festgestellt ist, erst die Frage aufgeworfen werden kann, inwieweit durch custodia dem Unfall hätte vorgebeugt werden können. Ueberdies ist für culpa in jedem Fall einzustehen, während die Custodiahaftung sich als eine exceptionelle Haftung darstellt.

Sehen wir uns aber die oben besprochenen Entscheidungen an, die die Pandektenjuristen in Bezug auf die Custodiahaftung treffen, so stimmen sie durchaus mit dem hier fixirten Princip. Sehen wir uns z. B. den nauta an. Hier wird bezüglich der vom nauta übernommenen Sachen gesagt, daß er für Diebstahl und damnum injuria datum nicht zu haften habe. Auf Grund wessen rechtfertigt sich der Ausspruch? Welches Princip kann dafür maßgebend gewesen sein? Doch einzig, daß bei gehöriger custodia auf Grund der Erfahrungen des Lebens ein Diebstahl auf einem Schiff nicht gut denkbar ist, weil die Aufsicht und der Verschluß in der Regel der Art zu sein pflegt, daß er bei gehöriger custodia vermieden werden kann. Das Gleiche gilt bez. der vom nauta übernommenen Sachen in Rücksicht auf das damnum injuria datum. Der

Schiffer hat nicht nur seine Angestellten und seine Passagiere unter steter Aufsicht zu behalten, er hat auch die Sachen so zu placiren, daß Niemand an sie heran kann. — Aehnliches gilt für die locatio horrei. Die Aufsicht dieser Häuser muß so geregelt sein, daß selbst ein Einbruch sich als nicht gut möglich erweist.

Im **Uebrigen** giebt das Recht nicht so casuistisch vor, wie es **hier** den Anschein hat. Der Grund liegt offenbar darin, daß in anderen Verhältnissen sich derartige Regeln nicht geben lassen, weil solche nur bei bestimmten Betrieben, die sich in gleichmäßigen und unabänderlichen Formen bewegen, überhaupt denkbar sind. Daher wird auch in Bezug auf damnum injuria datum und in Bezug auf vis die Entscheidung dem concreten Fall überlassen. Schwierig ist die Frage höchstens beim Diebstahl. In der That aber findet sich nirgends eine Regel dafür, daß die durch die culpa modificirte custodia noch die unbedingte Diebstahlshaftung in sich schließt. Der Zweck der custodia scheint seitdem die unbedingte Haftung für Diebstahl nicht mehr zu fordern. Es wird daher auch hier zweifellos das auf Grund des einzelnen Falls eintretende freie Ermessen gelten müssen. Daß in den besprochenen Rechtsverhältnissen die Haftung für Diebstahl anerkannt wurde, ist aus den bez. Verhältnissen zu erklären. Das erkannte Princip läßt derartige Schablonen für alle Fälle nicht zu. Sollte für dieses Princip des freien Ermessens, je nach dem einzelnen Fall, wie es sich in diesem nach dem Zweck der custodia und den jeweiligen Mitteln derselben darstellt, noch ein Zweifel sein, so würden diese Bedenken als beseitigt gelten müssen, wenn man sich die Art und Weise betrachtet, wie die Fragen über die Haftung von den Juristen behandelt werden. Sollten wirklich **bestimmte** Unfälle allgemein, als unter die Custodiahaftung fallend, regelmäßig für

alle Verhältnisse anerkannt sein, so würde die Frage nicht in so zaghafter Weise gestellt worden sein; es würde insbesondere auch bez. des Diebstahls einmal wenigstens sich ausgesprochen finden, daß die Haftung für Diebstahl jedenfalls unter die custodiae praestatio subsumire. Nirgends finden wir einen derartigen Grundsatz, der allen Verhältnissen angepaßt wäre, dagegen ist bezüglich des damnum injuria datum sogar ausdrücklich gesagt, daß, wenn auch im Ganzen eine Haftung für damnum injuria datum sich kaum als denkbar erweise, dennoch sich derartige Fälle vorstellen ließen. Also der bündigste Beweis, daß der einzelne concrete Fall zu entscheiden hat.

Es erübrigt hier schließlich nur noch die Frage: in welchen Rechtsverhältnissen custodia zu prästiren ist. Nach all' diesen Ausführungen erscheint die Frage eigentlich als müßig, da es ja selbstverständlich ist, daß nur da, wo ein contractliches Verhältniß vorliegt, eine custodiae praestatio gedacht werden kann. Denn liegt der Rechtsgrund der custodiae praestatio in einem Versprechen, so kann auch in außercontractlichen Verhältnissen von einer custodiae praestatio nicht gesprochen werden. Das ist auch der Grund, warum der negotiorum gestor nie custodiam zu verantworten gehalten ist. Wie wir jetzt sehen, konnte Bruckner auch nie zu einem richtigen Resultat gelangen, wenn er von der Frage ausging: unter welchen Rechtsverhältnissen ist custodia zu prästiren? Stellte er zuerst fest, daß der Commodatar, Pfandgläubiger 2c. von Rechtswegen custodiam zu prästiren habe, so verlor er damit den Schlüssel zum Ganzen — d. i. das „custodiam recipere“, das „salvum fore recipere“.

Eine andere Frage wäre aber die, ob sich das Custodiaversprechen nur hinsichtlich einer Sache offenbaren kann, oder ob auch bei gewissen Betrieben, in denen sich Menschen dem Schutz der Bewachung eines Betriebes anvertrauen, ein

Custodiaversprechen denken ließe. Bei den Römern kamen derartige Betriebe kaum vor. Für die Behandlung des Begriffs vis major nach deutschem Reichsrecht wäre aber diese Frage von ausschlaggebender Bedeutung. Ich stehe nicht an, sie zu bejahen.

Der Inhalt der „custodiae praestatio“ wäre somit gefunden. Wir sehen, daß dabei Puchta's wenn auch derbes, so doch äußerst charakteristisches Wort: „Was über die Sorgfalt eines diligens pater familias hinausgeht, ist die Sorgfalt eines Narren“ unalterirt bleibt. Die Frage nach der Sorgfalt kommt bei der custodiae praestatio nicht in Betracht. Haben wir aber so das Wesen der custodiae praestatio erkannt, so müssen wir auch sagen, daß, wenn auch die custodiae praestatio, der historischen Entwickelung entsprechend, stets auf einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Versprechen beruht hat, so doch hierin das charakteristische Merkmal nicht liege. Dasselbe kann vielmehr nur darin erkannt werden, daß bei Feststellung der Haftpflicht nicht das jeweilige Verhalten des Verhafteten an der präsumtiven Handlungsweise eines diligens pater familias gemessen wird, sondern einfach der objektive Thatbestand in all' seinen Eigenthümlichkeiten, verglichen mit den Erfahrungen des Lebens in ähnlichen Fällen und Verhältnissen, zur Grundlage der Feststellung genommen wird. Die custodiae praestatio fordert somit im Gegensatz zur diligentia den objektiven Maßstab für die Begrenzung der Haftpflicht.

§ 8.

Die vis major.

Ich bin am Ende meiner Untersuchungen. Was noch zu sagen ist, ergiebt sich von selbst. Man braucht sich nur

vorzuhalten, daß wir in dem „salvum fore recipere" des nauta das Versprechen der Custodiahaftung gefunden haben (l. 1 und 5 D IV 9); man braucht nur dessen eingedenk zu sein, daß in l. 3 § 1 eod. gesagt wird, der Recipient hafte auch ohne Schuld, die Haftpflicht sei überhaupt nur im Fall eines damnum fatale ausgeschlossen; man braucht nur darauf hinzuweisen, daß Labeo nach dem Referat des Ulpian von einer exceptio spricht, falls die recipirten Sachen durch Schiffbruch oder Gewaltthätigkeit zu Grunde gegangen sind, und daß im folgenden Satz derartige Fälle als vis major bezeichnet werden, um sich zu sagen: vis major beginnt dort, wo die Custodiahaftung aufhört. Wenn man zudem noch berücksichtigt, daß der Ausdruck vis major sich überall da findet, wo neben der Haftung für culpa auch die für custodia aufgeführt wird, so kommt man zugleich zum Resultat, daß keineswegs erst Labeo den Begriff der vis major, die exceptio vis majoris erfunden hat, sondern daß die exceptio ebenso alt sein muß, wie die Custodiahaftung. Man hat sich hier wohl die historische Entwickelung so zu denken, daß im ältesten Recht in den Fällen, in welchen eine Sache vom Eigenthümer einer anderen Person anvertraut wurde, zuerst nicht Custodiaverträge abgeschlossen wurden, sondern überhaupt omne periculum übernommen wurde — Verträge, wie wir sie in den Quellen noch vielfach erwähnt finden. Die Unbilligkeit dieser Verträge lag aber auf der Hand, da ja mit diesen Verträgen nichts Anderes beabsichtigt werden konnte, als sich gegen das zu schützen, was wir heute dolus und culpa zu nennen pflegen. Als Mittel, dieser Unbilligkeit zu steuern, ergab sich die custodia, das salvum fore recipere. Vergleicht man dieses „salvum fore recipere" mit dem Versprechen, für omne periculum zu haften, so ist ersichtlich, daß im ersteren Fall ein gewisser Rest verbleibt, für den im Gegensatz

zum omne periculum nicht gehaftet wird. Dieser Rest ist die vis major.

Nach den Ausführungen in den früheren Paragraphen kann es ferner nicht Wunder nehmen, daß sich der Ausdruck vis major in den Quellen vielfach nur im Gegensatz zur culpa erwähnt findet. Denn ist das, wofür bei der Custodiahaftung nicht eingestanden wird, die vis major, so ist, wenn statt des Begriffs „culpa in custodiendo" das Wort „custodia" gesetzt wird, auch das Wort „vis major" anstatt „casus" anwendbar. Man sieht sonach, die eine fehlerhafte Bezeichnung hat die andere im Gefolge, und Gerth[1]) hat wirklich Recht, wenn er sagt: vis major = casus. Nur steckt der Fehler in der unzulässigen Verallgemeinerung. Der Satz darf nur heißen: vis major wird in den Quellen vielfach an Stelle des Begriffs casus gebraucht.

Man kann sonach zur „vis major" als Schranke der Haftung nur gelangen, wenn man weiß, was „custodiam praestare" bedeutet. Sieht man aber das Wesen der custodiae praestatio in dem objektiven Maßstab im Gegensatz zum subjektiven, so gelangt man zum Resultat, daß Exner den Zweck des prätorischen Edikts in durchaus zutreffender Weise gekennzeichnet hat. Er irrte nur, wenn er meinte, daß der Zweck des Edikts allein schon eine Handhabe bieten kann für das, was vis major ist. Er irrte daher auch in seinen Folgerungen. Sind die von ihm gefundenen Kennzeichen der vis major auch gewiß vielfach[2]) in einzelnen Fällen als Merkmale derselben anzuerkennen, so muß man doch sagen: es lassen sich für alle nur denkbaren Unfälle derartige Regeln

---

[1]) Gerth, Der Begriff der vis major im römischen und Reichsrecht, S. 103.

[2]) Exner a. a. O. S. 550.

nicht aufstellen. Fälle, in denen der casuelle Charakter prima facie evident ist, giebt es nur ausnahmsweise. Das vielgestaltige Leben läßt sich an derartige Schablonen nicht bannen, die einzelnen Fälle belehren da eines Besseren. Und am allerwenigsten waren es die Römer, die sich durch Aufstellung solcher einzelnen Fällen entnommenen Grundsätze die Hände banden.

Mit den Begriffen „naufragium und incendium" ist für die Feststellung der Haftpflicht noch nichts gesagt und kann nichts gesagt sein. Man muß erst wissen, wie, wann und wo sich der Unfall abgespielt hat, um nach den Erfahrungen des Lebens daraus irgend welchen Schluß ziehen zu können. Derartige Fälle lassen sich aber nicht schablonisiren. Dazu bietet das Leben zu viel Mannigfaltigkeit.

Man sieht sonach, daß es zur Feststellung dessen, ob in einem einzelnen Fall vis major vorliegt, Allem zuvor die Grenzen der Custodiahaftung gezogen werden müssen. Wer daher nach dem Gesetz oder auf Grund eines Vertrags bis zur Schranke der vis major haftet, muß demnach, beklagt, behaupten können, daß auch auf Grund des concreten Falls, wenn man denselben an dem Maßstab der Erfahrungen des Lebens messen will, seine Haftpflicht außer Zweifel gesetzt ist. Natürlich muß er zugleich — wie schon früher bemerkt und ausgeführt worden ist — den Nachweis liefern, daß er wie ein diligens pater familias gehandelt hat. Der individuelle Fall wird ja nur herangezogen, weil der Nachweis, wie ein diligens pater familias gehandelt zu haben, allein noch nicht genügt. Dieser Nachweis befriedigt hier nicht, weil dieser Nachweis in vielen Verhältnissen, wie schon früher unter Hinweis auf Exner's Ausführungen hervorgehoben ist, als ein schlüssiger Beweis für die angewandte Sorgfalt noch nicht angesehen werden kann.

Hiermit ist bereits der Gesichtspunkt angedeutet, der für den juristischen Charakter der vis major eigenthümlich ist. Ich sagte, in gewissen Verhältnissen lasse sich aus dem Nachweis, Alles gethan zu haben, was einem diligens pater familias obliegt, noch nicht entnehmen, daß auch wirklich Alles geschehen ist, wozu ein diligens pater familias verbunden ist. Das ist so verstehen, daß unter gewissen Verhältnissen, bei gewissen Betrieben der zu ergreifenden Maßregeln, der erforderlichen Unterlassungen so zahlreiche sind, daß, wenn auch scheinbar der schlüssigste Beweis für alle diligentia gegeben ist, man bei der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse doch nie zu übersehen im Stande ist, ob nicht vielleicht doch eine Unterlassung vorliegt, eine Maßregel getroffen ist, die in dem complicirten Causalnexus für einen Nichteingeweihten durchaus nicht zu controliren ist. In solchen Fällen wäre es ungerecht, angesichts des unverkennbaren Beweisnothstands den Geschädigten damit zu trösten: „Dir hat nicht geholfen werden können." Es scheint da gerechter, auf Grund des vorliegenden Falles, wie er sich in all' seinen constatirten Eigenthümlichkeiten uns darstellt — sit venia verbo — nach Augenmaß zu urtheilen und zu sagen: „das kann bei ordentlicher Verwaltung nicht vorkommen."

Wir aber von unserer höheren Warte der Culpahaftung aus, wie würden wir ein derartiges Verfahren des Richters nennen? Es heißt doch offenbar nichts Anderes, als: es wird dem Richter das Recht ertheilt und die Pflicht auferlegt, aus dem gegebenen Fall allein schon eine Präsumtion für die Schuld des Verhafteten herzuleiten.

Aus diesen Ausführungen ergiebt sich, wenn man hier wieder an Goldschmidt's Ausgangspunkt anknüpfen will, daß in der That der Begriff der vis major ein brauchbarer ist. Die vis major umfaßt in der That solche Ereignisse, die

ihrer Natur nach unverschuldet zu sein pflegen und überdies auch im concreten Fall unverschuldet sind. Es ist eben eine noch größere Garantie (Goldschmidt a. a. O. S. 88 und 89) für die Beobachtung jeder diligentia gegeben, als solches in der Regel geschieht und geschehen kann. Der vorhandene Beweisnothstand berücksichtigt nicht nur die subjektiven, sondern auch die objektiven Momente des gegebenen Falls. Das Recht hat das Aeußerste gethan, um der Gerechtigkeit zu dienen.

Blicken wir aber zurück auf die Zeiten, wo die Custodiaverträge ein ungeschicktes Mittel in der Hand eines noch unbeholfenen Volkes waren, das die naturgemäße Formel für die Haftpflicht noch nicht gefunden hatte, so lernen wir für die Geschichte der Entwickelung des Rechts von Neuem, wie häufig nur ein kleiner Rest eines längst begrabenen Instituts genügt, um noch nach Jahrhunderten oder Jahrtausenden aufgenommen zu werden und damit vielleicht einen Ausgangspunkt zu neuer Gestaltung der Haftpflicht zu bilden.

So knüpft das Recht oft an an längst vergangene Zeiten.

§ 9.

Ergebniß.

Betrachten wir nach diesen Ausführungen die beiden herrschenden Theorien, so ist es uns klar, daß sie beide zu einem befriedigenden Resultat nie gelangen konnten. Wie Goldschmidt, vermochten es auch die anderen Vertreter dieser Richtung, unter denen ich noch besonders Windscheid und Dernburg[1]) namhaft mache, nicht zu erklären, wie das „sine culpa

[1]) Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 384; Dernburg, „Begriff der höheren Gewalt" in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 11, S. 335 ff. Siehe auch Baron a. a. O. S. 92—95.

tenetur" sich mit der diligentia diligentis patris familias in custodiendo vereinigen lasse. In der That ist auch die Vereinigung ebenso wenig möglich, wie die Vereinigung von Wasser und Feuer. Ebensowenig konnten aber auch die Vertreter der objektiven Theorie, unter denen neben Exner namentlich Brinz und Wendt zu nennen sind [1]), die vorhandenen Widersprüche wegschaffen, da sie die historische Entwickelung nicht beachteten. Ihre Zusammenstellung erweist sich insofern allerdings als ein besonderer Fortschritt in der Custodialehre, als sie mehr, als bisher geschehen, die custodia diligens von der vertragsmäßigen custodia trennen. Sie kommen deshalb von allen Schriftstellern der Wahrheit am nächsten. Da aber bei ihnen die historische Entwickelung der custodia nicht berücksichtigt wird, bleiben die Unterschiede nicht erklärt. Sie begründen beide nicht, wie man darauf gekommen ist, die culpa in custodiendo aus der culpa herauszuheben und sehen daher in der vertragsmäßigen custodia eine unqualificirbare Erweiterung der Culpahaftung, dem Wesen der Sache damit nicht völlig gerecht werdend.

Sollte aber in den vorigen Paragraphen das Wesen der Custodiahaftung und der Begriff der vis major richtig angegeben sein, so erübrigt nur noch die Feststellung, daß sich als rechtlicher Bestandtheil der Verträge die wahre custodia und die wahre vis major im heutigen römischen Recht nur im receptum erhalten hat. Wenn auch in anderen Geschäften der locatio conductio operis [2]) noch heute von der vis major gesprochen wird, so läßt sich das nur dann rechtfertigen, wenn man mit Gerth vis major statt casus setzt. Die heutige

[1]) Brinz, Pandekten, Bd. 2, Abth. 1, S. 294; Wendt, Pandekten, S. 554. Vergl. auch Pernice a. a. O. S. 346—359.

[2]) Dernburg, Pandekten, Bd. 2, S. 299. Vergl. auch Baron a. a. O. S. 55 u. 56.

Theorie will aber vielfach auch in diesen Verhältnissen die vis major von casus unterscheiden. Dazu fehlt es aber an jeder Handhabe in den Quellen, wenn ein Zusammenhang zwischen vis major und custodia als vorhanden gelten gelassen wird.

Als Ergebniß vorstehender Abhandlung aber setze ich an den Schluß derselben folgende Sätze:

1. custodiam praestare bedeutet die auf Grund des concreten Falls unter völliger Nichtbeachtung des jeweiligen Verhaltens des Verhafteten sich ergebende Haftpflicht;

2. vis major stellt den Unfall dar, an den die aus dem concreten Fall sich ergebende Haftpflicht des Custodienten nicht heranreicht.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. Altenburg.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

